نَظَرِيَّةُ الخُصُومَة

في الشّريعة الإسلاميّة والقانون دراسة مقارنة

إعداد

محمّد هاشم عبدالرحمن يونس

المشرف

الأستاذ الدكتور ذياب عبدالكريم عقل

قدّمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في

القضاء الشّرعيّ

كليّة الدّراسات العليا

الجامعة الأردنيّة

آب ٢٠١٠م

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الأطروحة (نَظَرِيَّةُ الخُصُومَة في الشّريعة الإسلاميّة والقانون دراسة مقارنة)
وأجيزت بتاريخ ٢٠١٠/٧/٢٥

أعضاء لجنة المناقشـــــــــة	التوقيـــــــع
الدكتور ذياب عبد الكريم عقل، مشرفاً أستاذ- الفقه المقارن	....
الدكتـــور عباس أحمد الباز، عضوا أستاذ مشارك- الفقه وأصوله	....
الدكتـــورة جميلة عبد القادر الرفاعي، عضوا أستاذ مشارك- الفقه وأصوله	....
الدكتور عبدالله مصطفى الفواز، عضوا أستاذ- الفقه المقارن (جامعة مؤتة)	....

الإهـــداء

إلى المعلّم .. .. الأمي .. ..

إلى من أوتي جوامــع الكَـلِم .. ..

إلى من علمني رسالتي هذه بأربع كلمات .. ..

إلى القائل: البينة على المدعي واليمين على من أنكر .. ..

وإلى كـل من اهتدى بهديه واتّبع سنّته إلى يـوم الـدين .. ..

شكر وتقدير

أتقدم بالشّكر الجزيل لأستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور ذياب عبدالكريم عقل الذي أشرف على هذه الأطروحة، فكان خير موجه وناصح ومرشد، فأنعم به موجهاً حكيماً، وناصحاً أميناً، ومرشداً غَيوراً، أسأل الله أن يجزيه عنّي خير الجزاء .

كما أتقدم من أعضاء لجنة المناقشة الفضلاء بجزيل الشّكر والثّناء على تفضلهم بمناقشة هذه الأطروحة والإفادة من علمهم الغزير، أسأل الله أن يبارك لهم في علمهم وعملهم وأن يجزيهم خير ما جازى عالماً بعلمه .

كما أتقدم بوافر الشّكر وخالص الامتنان لكل من تفضل علي بيد علم، وعلّمني حرفاً، أسأل الله أن يبارك له في عمره وأن يزيد له في إحسانه .

كما أشكر لكلّ من قدم لي يد العون لإتمام هذه الأطروحة، ولكلّ من اتّسع صدره لقراءتها وإبداء الملاحظات عليها، وأذكر منهم فضيلة الدكتور اسماعيل البريشي وفضيلة القاضي الشّرعي الدكتور زياد صبحي ذياب، وفضيلة القاضي الشّرعي الدكتور أشرف العمري، وسعادة القاضي علي سمارة، أسأل الله أن يعظّم لهم الأجر والثّواب، وأن يجعل ما قدموه في موازين حسناتهم.

فهرس المحتويات

نظرية الخصومة
في الشّريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة

إعداد
محمد هاشم عبد الرحمن يونس

المشرف
الأستاذ الدكتور ذياب عبدالكريم عقل

ملخّص

تهدف هذه الدراسة لصياغة نظرية متكاملة في الخصومة في الشّريعة الإسلامية وفي القانون، بإرساء أسس وقواعد لهذه النظرية، وإدراج فروعها ضمن ضوابط ثابتة، وصولا لترابط وانسجام تام بين مقومات وعناصر هذه النظرية.

ما يحصل به تصور كامل وفهم دقيق لموضوع اتّسعت أركانه وتشعبت وتنوعت فروعه، فبإيجاد تلك الأسس والقواعد والضوابط التي تندرج تحتها الفروع المتنوعة تحصل الفائدة العلمية والعملية .

وحيث أن الخصومة هي وسيلة من وسائل فض النّزاع، فتم التّمهيد لموضوع الخصومة بالطّرق الموازية لها في فض النّزاع، وهي الصلح والظّفر .

واكتسى الفصل الأول من هذه الأطروحة بالصبغة النّظرية، حيث بحث الجوانب النّظرية المتعلّقة بالخصومة، وتم فيه دراسة الخصومة كوحدة واحدة بالنظر لها من خارجها، فتم بحث مقومات هذه النّظرية من أركان وأسباب وشروط وأطراف وأهداف وطبيعة، وما تتنوع إليه من أنواع رئيسة، وما يندرج تحتها من أنواع فرعية.

واكتسى الفصل الثّاني بالصبغة العملية، حيث تم بحث الجوانب العملية للخصومة، وتم سبر وحدة الخصومة ودراستها من داخلها بما تحويه من إجراءات، فتم تجميع هذه الإجراءات ضمن مراحل تجمع كلّ مرحلة عدة إجراءات يربط بينها عوامل مشتركة.

المقدمة

الحمد لله القائل في كتابه العزيز : " **فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما** "(١) وصدق رسوله الأمين المبعوث رحمة للعالمين ، خير الخلق أجمعين ، القائل : " **وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها**"(٢) . فصلوات ربي وسلامه عليك يا سيدي يا رسول الله وعلى آلك وأصحابك أجمعين وعلى من اتّبعك بإحسان إلى يوم الدين .

أما بعد : فإن الله تبارك وتعالى خلق البشر على وجه المعمورة وهو عالم بطبيعتهم، وما جبلوا عليه من أنانية وحب مصالحهم وتقديمها على مصالح الآخرين، وأنّه سيقع منهم الظّلم والتّنازع بسبب ذلك، وهذا من حكم الله تبارك وتعالى في خلق البشر، ولكن من رحمته تعالى وعظيم فضله أنّه لم يترك العالم الإنساني على غاربه، كعالم الحيوان يأكل القوي فيه الضعيف دون حساب أو عقاب، بل جعل لهذا العالم الإنساني قوانين وأنظمة شرعها سبحانه للبشرية لغاية دنيوية وهي الحفاظ على الحياة الإنسانية وتنظيمها، وليرتقي هذا الإنسان إلى عالم الإنسانية، ولما فيه خيره ومصلحته، وكذلك جعل سبحانه هذا التّشريع لغاية أخروية أرادها ، وهي اختبار وامتحان البشرية في الالتزام بتطبيق هذا التّشريع الذي سيقوم سبحانه وتعالى في اليوم الموعود بإثابة الملتزم بشرعه المطبق له، وبمعاقبة غير الملتزم الهاجر لشرع الله وتطبيقه .

فكان من هذه التّشريعات التي شرعها الله تبارك وتعالى لحفظ مصالح النّاس وبقائهم، أن شرع القضاء، والذي به يتم إيصال الحقوق إلى أصحابها، ويمنع الظّلم بين العباد، وقد شرع سبحانه وتعالى للقضاء طرقاً يقضى بها، وهي طرق محددة فصلتها سنّة النّبي ﷺ.

ثم إن الشّارع الحكيم لم يكتف بتشريع القضاء وبيان طرقه، بل أوجد الضمان والمؤيد لتطبيق ما ينتج عن القضاء بهذه الطّرق المشروعة من أحكام؛ وذلك بنشر العدل وطلبه، والتّرغيب فيه، ونبذ الظّلم، والتّرهيب منه، فكما سبق في الحديث فإن المبعوث رحمة للعالمين، يريد قطع يد ابنته إذا سرقت، حتى أن العدل طال عالم الحيوان" فيروى أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- قال أثناء خلافته: والله لو أن دابة عثرت في أرض العراق لسئِلت عنها .

---

(١) سورة النساء ، آية ٦٥

(٢) رواه ابن ماجه في سننه ، ٨٥١/٢

وبذلك تتّضح أهمية هذه الأطروحة التي تتناول طرق تحصيل الحقوق بشكل عـام، ومـا يمكن للمعتدى على حقّ من حقوقه أن يسلك من سبل لاستعادة حقوقه، وفي حال لجوئـه لجهـة معتبرة لحسم النّزاع على هذا الحقّ، ما يجب أن يتّخذ من إجراءات لمعرفة من الحقّ بجانبه من طرفي النّزاع، وذلك ليتم الحكم لصالحه، ويستعيد حقوقه بتنفيذ ما حكم له به .

وحيث أن القضاء والتّحكيم هما الطّريقان الأساسيان والأكثر شيوعاً من طـرق تحصـيل الحقوق، فقد لقيا عناية كبيرة في الشّريعة الإسلامية، وكذلك في القوانين الوضعية، فـتم تنظـيم هاتين الوسيلتين بحيث يضمن قدر الإمكان الوصول للعدل، وذلك بإيجاد إجراءات يجب اتّباعهـا ويحكم وفقها ولا يكون الحكم المعلن عن العداله عشوائيا وفق آمال الخصـوم، أو توقّعـات أو ميول القاضي أو المحكّم.

مشكلة الدراسة وأهميتها وأهدافها:

تأتي هذه الأطروحة لصياغة نظرية متكاملة في موضوع الخصـومة بجميـع أنواعهـا وشروطها وأركانها وأسبابها، ومن المعلوم أن موضوع الخصومة من الأمور فائقة الأهمية، فهو يمس الحياة العملية لكلّ فرد ودولة، فكما أن التّنازع على الحقوق يقع بين الأفراد سـواء كـانوا أفراد مجتمع واحد أو كان كل فرد يتّبع مجتمعاً أو دولة أخرى، فكذلك يقع التّنازع بـين الـدول ذاتها؛ وذلك لتعارض مصالحها، فكلّ دولة تسعى لتحقيق مصالحها .

حيث تتناول الدراسة ما يتعلّق بالخصومة من جوانب عملية تهدف إلى إحاطـة القضـاة والمحكّمين معرفةً بكيفية إدارة الخصومة بجميع أنواعها وإجراءاتها، وإلى أحاطة أطراف النّزاع معرفة بكيفية التّصرف الصحيح، وماذا يفعل من اعتُدِي على حقّ من حقوقه، أو ظن الاعتـداء؛ إذ إنّه في كثير من المنازعات يظن الخصمان أن كلاً منهما هو صـاحب الحـق؛ فيـأتي دور الاختصام لجهة معتبرة لفصل هذا النّزاع وبيان الحقّ في جعبة أي فريق .

وتكمن أهمية هذه الأطروحة في تناولها لموضوع قضائي عملي تطبيقي، لم يسبق بحثه أو دراسته كموضوع متكامل له جوانب متعددة وصولاً إلى نظرية متكاملة، مكملاً جانباً هاماً مـن القضاء إضافة إلى الجهود السابقة حيث صيغت نظرية للدعوى، وكذلك للحكم ، وكذلك لموجبات الأحكام ، وبقي موضوع الخصومة لم يتم الكتابة فيه .

وستحاول هذه الدراسة الإجابة عن العديد من التّساؤلات والتّفصيلات، ومن أبـرز هـذه الأسئلة:

١. ما مفهوم الخصومة، ومقومات نظرية الخصومة ؟
٢. ما أنواع الخصومة، وما مشروعية كل نوع من هذه الأنواع ، وشروطها وإجراءاتها ؟
٣. ما حجية كل نوع من هذه الأنواع بالنّسبة للآخر، وتحقيق مبدأ وحدة الخصومة فيها؟
٤. ما الأمور البارزة التي لا تنفك عن الخصومة، بحيث استقرت عليهـا وأصـبحت مبـادئ راسخة فيها ؟
٥. ما الآثار المترتّبة على الخصومة، وعوارضها ؟

الدراسة السابقة :

لم يكتب سابقاً ولم تُصاغ في الخصومة نظرية سواء في الشّـريعة أو القـانون، وقمـت بإجراء استقصاء وبحث للكتب التي هي مظنّة التّعرض لموضوع هذه الدراسة؛ فلم أعثـر فـي كتب الفقه الإسلامي على عنوان بموضوع الخصومة بشكل شمولي ؛ وإنّما عثرت على مؤلفات تتناول جزئيات متفرقة من الخصومة، وهذه الكتب هي :

١. رسالة جامعية لنيل درجة الماجستير لفضيلة القاضي الشرعي سـليم علـي محمـد علـي المصري بعنوان التّدخّل واختصام الغير بين أدب القضـاء الإسـلامي وقـوانين أصـول المحاكمات .
٢. رسالة جامعية لنيل درجة الماجستير لسليمان عبدالله الغزي بعنوان أثـر الخصـومة علـى موجبات القصاص والسرقة والقذف في الشّريعة والقانون وتطبيقاتها في المملكـة العربيـة السعودية .
٣. رسالة ماجستير بعنوان الوكالة بالخصومة الجنائية في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، لعبدالعزيز ناصر المزروع .
٤. رسالة دكتوراه بعنوان رد القاضي عن نظر الخصومة في الشّريعة الإسلامية مع التّطبيـق على قانون المرافعات في اليمن، لإبراهيم محمد حسين الشرفى .

كما يوجد مؤلفات تناولت جزئيات متنوعة من الخصومة، دون اشتمال عناوينهـا علـى كلمة الخصومة أو أحد مشتقاتها ومنها: -

نظرية الدعوى للأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين ، وكانت هذه النّظرية بحـقّ الأسـاس لدراسة القضاء الإسلامي كدراسة شرعية قانونية غير مسبوقة، ولا يمكن لباحـث فـي مجـال القضاء الإسلامي أن يستغني عنها، فقد بدأ نظريته –حفظه الله- بتمهيد شامل بدأه بالفصل الأول القضاء وتعريفه والفرق بينه وبين الإفتاء ومكانته وحكمه ومشروعيته وخطـر توليـه وحكـم الدخول فيه وطلبه ، ثم الفصل الثاني تعريف الدعوى ومعنى الحقّ وعلاقتهما ببعضـهما، ثـم الفصل الثالث مسألة الظّفر بالحقّ .

ثم أتبعه بالباب الأول عناصر الدعوى، الفصل الأول سبب الدعوى وركنهـا وأطرافهـا ومكانها وأنواعها، ثم في الفصل الثاني شروط الدعوى.

ثم الباب الثّاني الآثار المترتّبة على رفع الدعوى، المبحث الأول في أصول المحاكمـات، والمبحث الثّاني في كيفية سير القاضي مع الخصوم ، والفصل الثّاني حضور الخصوم وغيابهم، والفصل الثّالث في جواب الدعوى، ثم الخاتمة في انتهاء الدعوى، الفصـل الأول بـالحكم، ثـم بالفصل الثّاني العوارض التي تنهي الخصومة قبل صدور حكم فيها .

كما أن هنالك مؤلفات فقهية حديثة ذات صلة بمطلب أومبحث على الأكثر من مطالـب أو مباحث دراستي ومنها :

١. التّحكيم في الشّريعة الإسلامية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه مقدمة من إسماعيل أحمد محمـد الأسطل، بدأ رسالته بباب أول في التّعريف بالتّحكيم ودليـل مشـروعيته، الفصـل الأول: تعريف التّحكيم ونبذه تاريخية عنه. فالفصل الثّاني: مشروعية التّحكيم. ثم الفصـل الثّالـث: موقف الخوارج من التّحكيم. فالباب الثّاني: في شروط التّحكـيم، الفصـل الأول: الشّـروط المتعلّقة بأشخاص التّحكيم، فالفصل الثّاني: الشروط المتعلّقة بموضوع التّحكيم. الباب الثّالث: في حكم المحكم وحجيته، الفصل الأول: صحة ولزوم حكم المحكّم، الفصل الثّـاني: حجيـة حكم المحكّم، الباب الرابع: أبرز تطبيقات التّحكيم، الفصـل الأول: التّحكـيم للشّـقاق بـين الزوجين، الفصل الثّاني: التّحكيم لإنهاء الحرب .
٢. قضاء المظالم (القضاء الإداري الإسلامي)، القاضي أحمد سعيد المومني، وأبرز عناوينـه: الباب الأول: النّظر في المظالم وتطوره، الفصل الأول: الإدارة والشّرعية ، الفصل الثّـاني: الرقابة القضائية وقضاء المظالم، الباب الثّاني: قاضي المظالم واختصاصاته ، الباب الثّالث: محكمة المظالم وأصول المحاكمات لديها .

٣. الإدارة والقضاء الإداري في الإسلام، إحسان عبدالمنعم عبدالهادي سمارة، وقد تحدث عـن القضاء الإداري في الإسلام، ولاية المظالم واختصاصاتها وولاية الحسبة واختصاصاتها .

٤. ديوان المظالم نشأته وتطوره واختصاصاته مقارناً بالنّظم القضائية الحديثه، الدكتور حمـدي عبدالمنعم، ومن أبرز عناوينه: الباب الأول: نشأة محكمة المظالم وتطورها، الفصـل الأول: تعريف ولاية المظالم وبيان الأصل التّاريخي، الفصل الثّاني: مباشرة النّظر في المظالم فـي صدر الإسلام، الفصل الثّالث: تشكيل الديوان واختصاصاته وإجراءاته ، الباب الثّاني: علاقة ديوان المظالم بكل من النّظم القضائية .

أما الكتب القانونية فلقد وجدت في عناوينها ما احتوى علـى كلمـة خصـومة أو أحـد مشتقّاتها، ولكنّي لم أجد البتّة نظرية متكاملة في موضوع الخصومة، وإنّمـا عنـاوين متفرقـة لمؤلّفين متعددين، مع الإشارة إلى أن هذه المؤلفات هي مؤلفات قانونية بحتة لـم تتطـرق إلـى النّاحية الفقهية الشّرعية في هذه المواضيع، وكذلك اقتصرت على جانب واحـد مـن جوانـب الخصومة وهي الخصومة القضائية، المرفوعة أمام القضاء فقط وهذه المؤلّفات هي :-

١. مبادئ الخصومة المدنية (دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعات) للـدكتور وجدي راغب، حيث عرض لمقدمة فكرة الخصومة ، أولاً: تعريف الخصـومة وطبيعتهـا، ثانياً: المبادئ العامة التي تحكم الخصومة، ثم الباب الأول: الإجراء القضائي، الفصل الأول: ماهية الإجراء القضائي، الفصل الثّاني: الإعلان القضائي، الفصل الثّالث: الجزاء الاجرائي، ثم الباب الثّاني: محلّ الخصومة، الفصل الأول: الدعوى، الفصل الثّاني: دعاوى الحيـازة، الفصل الثّالث: تطور محلّ الخصومة . ثم الباب الثّالث: أطراف الخصومة ، الفصل الأول : فكرة الخصم، الفصل الثّاني: أهلية الخصم وتمثيله، الفصل الثّالث: تعدد وتطـور أطـراف الخصومة. ثم الباب الرابع: مراحل الخصومة، الفصل الأول: افتتاح الخصـومة ، الفصـل الثاني: سير الخصومة، الفصل الثّالث انقضاء الخصومة.

٢. انعقاد الخصومة طبقاً لأحكام قانون المرافعات الليبي، خلاصة محاضرات أُلقيت على طلبـة الدراسات العليا بكلية القانون جامعة قاريونس، تأليف الدكتور إبراهيم أبو النّجا، حيث ابتـدأه بباب تمهيدي عرف فيه الخصومة وتحديد عناصرها، ثم مضـمون وشـكل وأثـر العمـل الإجرائي، ثم الغاية النّهائية أو الهدف النّهائي للخصومة . ثم الباب الأول: صـحيفة افتتـاح الدعوى ، ثم الباب الثّاني: إعلان صحيفة افتتاح الـدعوى، ثـم البـاب الثّالـث: مواعيـد المرافعات.

٣. أثر حضور المدعى عليه في انعقاد الخصومة القضائية طبقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، الدكتور محمود السيد التحيوى ، الباب الأول: تمام المواجهة بين الخصوم في الدعوى القضائية كشرط لازم لانعقاد الخصومة فيها. الفصل الأول: مبدأ المواجهة بين الخصوم في الإجراءات القضائية، الفصل الثّاني: لا يغني انعقاد الخصومة في الدعوى القضائية عن سبق تمام المطالبة القضائية ، كما لا يعني تمام المطالبة القضائية عن انعقاد الخصومة في الدعوى القضائية، التّفرقة بين المطالبة القضائية وبين الخصومة القضائية . الباب الثّاني: دور الإعلان في انعقاد الخصومة في الدعوى القضائية، الفصل الأول: مقتضيات انعقاد الخصومة في الدعوى القضائية بإعلان صحيفة افتتاحها إلى المدعى عليه، الفصل الثّاني: الحضور القانوني للخصم في الدعوى القضائية، ومغايرته في كثير من حالاته لمضمونه الحقيقي أو الفعل .

٤. مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات، دراسة علمية وعملية لظاهرة تعدد أطراف الخصومة، الدكتور الأنصاري حسن النيداني، ومن أبرز عناوينه الباب الأول: أساس وحدة الخصومة عند تعدد الأطراف ، الفصل الأول: الارتباط بوحدة المحلّ والخصوم والسبب، الفصل الثّاني: عدم قابلية موضوع الخصومة للتّجزئة، الفصل الثّالث: رقابة محكمة النّقض على قاضي الموضوع، الباب الثّاني: المبادئ التي تحكم الخصومة عند تعدد أطرافها، الفصل الأول: مبدأ النّسبية في قانون المرافعات، الفصل الثّاني: المبادئ الخاصة بالخصومة ذات الموضوع غير القابل للتّجزئة، الباب الثّالث: أثر تعدد الأطراف على النّظام القانوني لخصومة أول درجة(وحدة الخصومة أمام محكمة أول درجة) الباب الرابع: أثر تعدد الأطراف على النّظام القانوني لخصومة الطّعن (وحدة الخصومة أمام محكمة الطّعن).

٥. عوارض الخصومة في ضوء الفقه والقضاء، المستشار مجدي هرجه، وأبرز عناوينه، الفصل الأول: وقف الخصومة، الفصل الثّاني: انقطاع الخصومة، الفصل الثّالث: سقوط الخصومة وانقضائها بمضي المدة، الفصل الرابع: ترك الخصومة .

٦. عوارض الخصومة، وقف الخصومة - انقطاع الخصومة – سقوط الخصومة وانقضاؤها، محمد نصر الدين كامل ، القاهرة : الدار العربية للموسوعات القانونية، ١٩٩٠ .

٧. الانقضاء المبتسر للخصومة وفق قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، مازن مسلم عطيه أبو يحيى، رسالة ماجستير، والمقصود بالانقضاء المبستر،هو انقضاء الخصومة بصورة غير معتادة أي دون صدور حكم وذلك بعوارضها .

٨. الدفوع المتعلّقة بعوارض الخصومة ، المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد، وأبرز عناوينه: الفصل الأول: وقف الدعوى، المبحث الأول: الوقف الجزائي المبحث الثّاني:الوقف الاتّفاقي، الفصل الثّاني: انقطاع سير الخصومة، المبحث الأول: التّعليق، المبحث الثّاني: متى تعتبر

الدعوى مهيأة للحكم ، المبحث الثّالث: أثر الانقطـاع، المبحـث الرابـع: اسـتئناف سـير الخصومة، الفصل الثّالث: سقوط الخصومة: المبحث الأول: طلب الحكم بسقوط الخصومة، المبحث الثّاني: بدء مدة السقوط، المبحث الثّالث: التّمسك بسقوط الخصومة، المبحث الرابع: أثر الحكم بالسقوط، المبحث الخامس: أثر الحكم بالسقوط في الاستئناف، الفصـل الرابـع: انقضاء الخصومة بمضي المدة ، الفصل الخامس: ترك الخصومة .

٩. ركود الخصومة المدنية بسبب الشّطب أو الوقف ... أحمد مليجـي، القـاهرة دار النهضـه العربية، ١٩٩١ ، وهو يتناول موضوع جزئي من مواضيع عوارض الخصومة .

١٠. سلطة الخصوم والمحكمة في اختصام الغير ، المشاكل التي يثيرها الاختصام، الـدكتور أحمد هندي ، وأبرز عناوينه. الباب الأول: سلطة الخصوم في اختصام الغير، الفصل الأول: أطراف الاختصام وطبيعته، الفصل الثّاني: حالات الاختصام، الفصـل الثّالـث: إجـراءات الاختصام ومركز الشّخص المختصم، الفصل الرابع: الاختصام للضـمان، البـاب الثّـاني: سلطة المحكمة في اختصام الغير (الاختصام القضائي) ، الفصل الأول: دور القاضـي فـي الخصومة المدنية، الفصل الثّاني: حدود سلطة المحكمة في اختصام الغير .

١١. اختصام الغير وإدخال ضامن في الخصومة المدنية، أحمد مليجي، القاهرة ، دار الفكر، ط٢، ٢٨٥صفحة .

١٢. الخصم العارض في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني: دراسة مقارنـة، كمـال عبدالرحيم مفضي العلاوين، رسالة ماجستير، والمقصود بالخصم العـارض كسـابقيه مـن التّدخّل واختصام الغير .

١٣. الخصومة الإدارية ، أحكام دعوى الإلغاء والصيغ النّموذجية لها، المستشـار الـدكتور عبدالحكيم فوده، وأبرز عناوينه: الفصل الأول: تشكيل جهـة القضـاء الإداري ، الفصـل الثّاني: خصائص دعوى الإلغاء، المبحث الأول: خصائص الدعوى الإدارية بصفة عامـة، المبحث الثّاني خصائص دعوى الإلغاء بصفة خاصة، الباب الأول شـروط قبـول دعـوى الإلغاء ، الفصل الأول: طبيعة القرار المطعون فيـه، الفصـل الثّـاني: صـفة الطّـاعن (المصلحة)، الفصل الثّالث: ميعاد رفع الدعوى. الباب الثّاني: أوجه الإلغاء، الفصـل الأول: عيب الاختصاص، المبحث الأول ما هو عيب الاختصاص، المبحث الثّاني: صورتا عيـب الاختصاص، المطلب الأول: عيب الاختصاص البسيط، الفرع الأول: عيـب الاختصـاص الزمني، الفرع الثّاني: عيب الاختصاص المكـاني، الفـرع الثّالـث: عيـب الاختصـاص الموضوعي، الغصن الأول: اعتداء سلطة على اختصاص سلطة موازية، الغصن الثّـاني: اعتداء مرؤوس على اختصاص رئيسه ، الغصن الثّالث: اعتداء الرئيس علـى اختصـاص المرؤوس ، الغصن الرابع: اعتداء هيئة مركزية على اختصاص هيئة غير مركزية، الغصن

الخامس: التّفويض أو الحلول المخالف للقانون، المطلب الثّاني: عيب الاختصـاص الجسـيم (غضب السلطة) ، الفرع الأول: انتفاء صفة الموظّف العام، الفرع الثّـاني: انتفـاء سـلطة إصدار القرار، الفرع الثّالث: الاعتداء على إحدى السلطات التّشريعية أو القضائية، الفصـل الثّاني: عيب لشكل، المبحث الأول: العيب الجسيم، المبحث الثّاني: تصحيح العيب، المطلـب الأول: استيفاء الشّكل المطلوب، المطلب الثّاني: قبول صاحب المصلحة، المطلـب الثّالـث: السبب الأجنبي، الفصل الثّاني مخالفة القانون(عيـب المحـل)، المبحـث الأول: المخالفـة المباشرة بالقانون، المبحث الثّاني: الخطأ في تفسير القانون، المبحث الثّالـث: الخطـأ فـي تطبيق القانون، الفصل الرابع: إساءة استعمال السلطة(عيب الغاية) . الباب الثّالث: إجراءات دعوى الإلغاء والحكم فيها، الفصل الأول: إجراءات دعوى الإلغاء، المبحث الأول: طبيعـة إجراءات دعوى الإلغاء، المبحث الأول: الخصوم في دعوى الإلغاء ، المبحث الثّالث: كيفية رفع دعوى الإلغاء، المطلب الأول: إجراءات رفع الدعوى ، المطلـب الثّـاني: إجـراءات إعلان الدعوى، المطلب الثّالث: إجراءات تحضير الدعوى، الفرع الأول: تهيئـة الـدعوى للمرافعة، الفرع الثّاني: التّسوية الودية للنّزاع، الفرع الثالث: حجز الدعوى للتّقرير، الفـرع الرابع تحديد جلسة أمام المحكمة ،الفصل الثّاني: الحكم في دعوى الإلغاء، المطلب الثّـاني: حجية الحكم في دعوى الإلغاء.

١٤. القضاء الإداري، الدكتور إعاد علي حمود القيسي ،وأبرز عناوينه، الباب الأول: القضاء الإداري في الإسلام، الفصل الأول: الإدارة الإسلامية وشرعية تصرفاتها، الفصل الثّـاني: الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة، الفصل الثّالث: صفات واختصاصات قضاء المظالم، المبحث الأول: صفات قاضي المظالم، المبحث الثّاني: اختصاصات قاضي المظالم، الفصل الرابع: خصوصية القضاء الإداري الإسلامي، الباب الثّاني: مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري،الفصل الأول: مبدأ المشروعية، الفصل الثّاني:الرقابة على أعمال الإدارة، الفصـل الثّالث: تنظيم القضاء الإداري، الفصل الرابع: نطاق اختصاص القضـاء الإداري ، البـاب الثّالث: قضاء الإلغاء وقضاء التّعويض .

١٥. الادعاء العام والمحاكمة الجنائية وتطبيقهما فـي المملكـة العربيـة السـعودية، عمـاد عبدالحميد النجار، الرياض: معهد الإدارة العامة، ١٩٩٧، عدد الصـفحات ٤٨٤ صـفحة، ويبدو من خلال العنوان أن المؤلف قد تناول جانباً معيناً من الخصومات وهـو فـرع مـن فروع الخصومة القضائية وهو الخصومة الجنائية، وهو ما سأبحثه بشكل أوسع في المسـألة الأولى من الفرع الثّاني من المطلب الأول من الفصل الأول وهو الخصومة بالحقّ العام.

منهجية البحث :

هذه الدراسة معنية بصياغة نظرية متكاملة في موضوع الخصومة في الشّريعة والقانون؛ لذلك فسأحاول تجنّب التّفريعات والجزئيات ما أمكن إلا بقدر التّدليل المطلوب، محاولاً التّركيـز على وضع الأسسس والقواعد والضوابط العامة لهذه النّظرية .

كما أن المقصود بالقانون في هذه الدراسة هو القانون الوضعي، وليسـت هـذه الدراسـة معنية بقانون معين وإنّما بفقه القانون، أي أصل القانون الوضعي وفقهه .

وحيث إنّها دراسة فقهية قانونية، فسأقوم بالشّق الفقهي من هذه الدراسة باتّبـاع منهجيـة البحث الفقهي، مستفيداً من المناهج العلمية التي تلائم هذه الدراسة وهي :-

١. المنهج الاستقرائي :

حيث يتم استقراء وتجميع المادة العلمية المتّصلة بالموضوع من الكتب، محـاولاً الإلمـام بكتب المذاهب المختلفة، والاتّجاهات القانونية في المسائل .

٢. المنهج التّحليلي :

حيث سأقوم بتحليل ما استقرأته وجمعته من نصوص ومسائل، وعلاقتها بموضوع هـذه الدراسة، وصولاً للأفكار الصحيحة التي أريدت بها .

٣.المنهج الاستنتاجي :

إن دقّة موضوع الدراسة يحتاج لعملية استنتاج لتوجهات المذاهب والفقهـاء وأهـل القانون في المسائل المطروحة من خلال النّصوص المتوفّرة؛ حتى وإن لم تنص صراحة علـى الموضوع .

٤.المنهج المقارن :

حيث تقوم الدراسة على المقارنة بين المذاهب الإسلامية، وكذلك بين الشّريعة الإسـلامية والقانون الوضعي، محاولا إبراز الفروق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي في الصـنعة والأسلوب والتصوير حتى يحتفظ الفقه الإسلامي بطابعه الخاص، ومتجنبا محاولة التقريب بـين الشريعة والقانون على أسس غير صحيحة .

تمهيد

إن الله -سبحانه وتعالى- قد قرر الحقوق والواجبات وقد جعل -سبحانه وتعالى- أمر تطبيقها عبادة وقربة، فلو أدى كل إنسان ما عليه من حقوق تجاه الله تعالى وتجاه الآخرين لنال رضا الله تعالى وسعادة الدنيا، ولكن لحكمة أرادها -سبحانه وتعالى- أن خلق الإنسان وجبله على حب الذّات والمال وتقديم مصالحه على مصالح الآخرين، فكان لا بد من وجود رادع ووازع غير وازع الدين لمن لا يتزع به، ألا وهو السلطان الذي يتولّى تحقيق العدل، وتبديد الظلم، وإعادة الحقوق لأصحابها، وردع كل ظالم عن ظلمه.

وبذلك تتّضح لنا فلسفة الإسلام في تحقيق العدالة الموصلة إلى تحصيل كل ذي حقّ حقّه، ضمن منظومة رائعة من التدابير الإلهية، تبدأ باكتساب هذه الحقوق، فالله -سبحانه وتعالى- هو الذي قرر هذه الحقوق وبينها لأصحابها، فأصبحت حقّاً مكتسباً، وبمعرفة كل إنسان ما له من حقوق وما عليه من واجبات، ثم بتكليف العباد بأداء الحقوق لأصحابها وجعلها عبادة وطاعة من الطاعات التي رتّب –سبحانه- عليها الأجر والثّواب كان تحصيل هذه الحقوق المكتسبة أمراً طبيعياً سلساً .

فبمعرفة الحقوق المقررة المكتسبة وبإرادة الانصياع لأوامر الله تعالى -رغبة في ثوابه ورهبة من عقابه- تكون عملية تحصيل الحقوق عملية طبيعية، ولكن في حالة تخلّف أحد الشّرطين السابقين ينشأ النّزاع على الحقوق. فإذا كان الطّرف الآخر لا يعرف أن هذا الأمر حق لفلان، أو كان يعرف ذلك ولكن أنانيته وحبه لدنياه دفعاه الى تغليب الدنيا على الآخرة بعدم الانصياع لأوامر الله، فعندها ينشأ النّزاع حول هذا الحقّ وعندها يكون صاحب الحقّ أمام أحد خيارين إما ترك حقّه، أو اللجوء لطريق ما لتحصيل حقّه.

وهنا تثار مسألة حكم ترك الإنسان لحقّه وعدم المطالبة به . فيختلف حكم هذه المسألة عن حكم الإبراء؛ الذي يأخذ حكم الإباحة الجارية في معظم العقود والتّصرفات التي بعث النبي ﷺ والنّاس يتعاملون بها فأقرهم عليها, ولا سيما في حالة عجز طالب الإبراء عن تحصيل حقّه من منكره, لأن الإحسان هنا غير وارد لفقدان محلّه[1]، وذلك لأن الإبراء يكون قبل التّنازع على الحقّ، أو بعد ثبوته بعد التّنازع، أما في مسألتنا هذه فهو حكم ترك الإنسان للمطالبة بحقّه المتنازع عليه.

---

(١) وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، ج١، ص١٤٨

ويمكننا القول بجواز ذلك قياساً على الصلح بجامع أن كلاً من الأمرين فيه تنازل عن الحقّ، ففي الصلح يترك المصالح جزءاً من حقّه، بينما في مسألتنا هذه يترك المعتدى على حقّه كلّ حقّه، وما جاز في البعض جاز في الكل.

كذلك يمكن قياس هذه المسألة على مسألة ترك المدعي لدعواه ومن المعلوم أن ما أشتهر بين الفقهاء حتى أصبح بمثابة القاعدة ،أن المدعي من إذا تَرك تُرك[(١)]. وإذا كان ترك الحقّ جائزاً بعد المطالبة به فمن باب أولى جواز ذلك ابتداء قبل المطالبة به.

إن ما سبق كان في حكم مسألة ترك المطالبة بالحقوق المتنازع عليها قضاء لا ديانةً، فالقضاء لا يجبر أحداً على المطالبة بحقّه ولا يرتّب مسؤولية قضائية على ترك المطالبة به، ولكن الأمر ديانة يختلف عن ذلك، لأن القضاء مبني على الظاهر، أما الثّواب والعقاب فمبنيان على النيات، فإن كان التّارك غير متيقّن من حقّه وترك المطالبة به تورعاً من الوقوع في أمر مشتبه فيه، فإن التّرك مندوب ويؤجر عليه، وأما إن كان متيقّناً من حقّه ويعلم أن من نازعه فيه يجهل ذلك وليس عدواناً وظلماً منه وليس من عادته الظّلم فإن التّرك جائز وهو بمنزلة الصدقة عليه، أما إن كان التّارك متيقّناً من حقّه ويعلم أن المنازع له في حقّه ظالم وأن من عادته الظّلم فالأقرب عدم جواز ذلك ديانة لقوله ﷺ: "انصر أخاك ظالماً أو مظلوماً، قالوا: يا رسول الله هذا ننصره مظلوماً فكيف ننصره ظالماً؟ قال:(تأخذ فوق يديه)"[(٢)]، فنصره ظالماً بكف يده عن ظلم الآخرين، ولكفه عن ظلم نفسه آكد .

وأرى أن عدم الجواز يتأكّد في حال شيوع ترك المطالبة بالحقوق في قوم حتى تفشّى الظلم بينهم وصار يعرف عنهم ذلك، من باب القاعدة الأصولية ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب[(٣)]، فمحاربة الظّلم وتفشيه واجبة وهي هنا لا تتم إلا بالمطالبة بالحقوق وتحصيلها فكانت المطالبة واجبة كذلك، وكذلك قياساً على الفروض الكفائية، والتي إن أقامها البعض سقطت عن

---

(١) الزيلعي، عثمان بن علي، (ت:٧٤٢هـ). **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٣١٣، ج٤، ص٢٩٢، ابن نجيم ، إبراهيم بن محمد، (ت:٧٩٠هـ). **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، ط ٣،دار المعرفة ، بيروت،١٩٩٣، ج٧، ص١٩٤.

(٢) البخاري، أبي عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم ابن المغيرة بن بردزبة، (ت:٢٥٦هـ). **صحيح البخاري**، تحقيق: محمود محمد محمود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، باب أعن أخاك ظالما أو مظلوما، حديث رقم ٢٤٤٣ ،ص٤٤٢

(٣) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، (ت:٥٠٥ هـ). **المستصفى في علم الأصول**، دار الكتب العلمية، بيروت، ص٥٩

الباقين، وإن لم يقم بها أحد أُثِموا جميعاً[(١)]، بجامع ما يؤول إليه كل منهما من خلل وتقصير في الجماعة .

فإن أراد شخص تحصيل حقّه المتنازع عليه، فإن من الطرق المتاحة له في ذلك إما استيفاء الحقّ بالذات وهو ما يعرف عند الفقهاء بمسألة الظّفر بالحقّ فهو أحد الوسائل التي يتوصل بها الشخص إلى حقه، وقد فصل الفقهاء أحكام الظّفر بالحقّ من حيث أنواع الحقوق التي يجوز الظّفر بها وشروط الظّفر وضوابطه[(٢)]، وإما الصلح على حقه المتنازع عليه، وقد وضع الفقهاء أحكاما وضوابط للصلح وذلك تبعا لأقسامه، حيث ينقسم إلى ثلاثة أقسام، صلح على إقرار، وصلح على إنكار، وصلح على سكوت[(٣)].

فإذا لم ينته النّزاع على الحقّ بالظفر أو الصلح وهو غالباً ما يكون؛ حيث إنّها خلاف الأصل والغالب، فقد اتّفق القانون مع الشّريعة الإسلامية في إيجاد وسيلة من وسائل تحصيل

---

(١) الغزالي، **المستصفى**، ص٥٨

(٢) ابن نجيم، **البحرالرائق شرح كنزالدقائق**، ج٧، ص١٩٣. الخرشي، محمد بن عبدا لله، (ت:١١٠١ هـ). **شرح الخرشي**، ط١، دارالفكر،بيروت، ج٧، ص٢٣٦ ، الدسوقي، محمد بن عرفة،(ت:١٢٣٠هـ). **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ط١،دار إحياء الكتب العلمية، دمشق،١٩٨٠، ج٤، ص٢٢٧. الهيتمي، أحمد بن محمد بن حجر، (ت:٩٧٤ هـ). **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٤، ج١٠، ص٢٨٩ ، الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد، (ت: ١٠٠٤هـ). **نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج**، دار الفكر، بيروت، ج٨، ص٣٣٨. المرداوي، علي بن سليمان، (ت:٨٨٥ هـ). **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، تحقيق محمد الفقي، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج١١، ص٣٠٩ ، البهوتي،منصور بن يونس،(ت: ١٣٢٦هـ). **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، تحقيق: محمد عدنان درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١: ١٩٩٩م،ج٦، ص٣٥٩ ، ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، (ت:٦٢٠هـ). **المغني**، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ، ج١٠، ص٢٧٦.ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، (ت:٦٢٠هـ). **المغني**، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ، ج١٠، ص٢٧٧ ، البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦، ص٣٦٠

(٣) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج ٧، ص٤٦٦ .الحطاب، لأبي عبد الله المغربي، (ت:٩٥٤هـ). **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، وبهامشه **التاج والإكليل لمختصر خليل**، لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق، (ت:٨٩٧هـ)، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١: ١٩٩٥م، ج٧، ص٣. الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ح٥، ص١٩٣، الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٤، ص٣٨٩ ، البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج٣، ص٤٣٣ ، أبي القاسم، نور الدين أبي طالب عبد الرحمن بن عمر البصري الضرير، (ت:٦٨٤ هـ). **الواضح في شرح مختصر الخرقي**، ط١، تحقيق: عبد الملك دهيش، ٢٠٠٠م، ج٢، ص٤٩٣ ، المرداوي، **الإنصاف**، ج ٥، ص٢١٤ ابن قدامه، **المغني**، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، دار هجر، القاهرة، ط١: ١٩٨٩م، ج٧، ص٥

الحقوق ألا وهي اللجوء إلى جهة تفصل هذا النّزاع بين أطرافه، وقد تكون هذه الجهة مستمدة سلطتها على المتنازعين من الخصوم أنفسهم باتّفاق إرادتهم وهي التحكيم، وقد تكون مستمدة سلطتها من سلطة الدولة، حيث إنّه من أسس الدولة إيجاد القضاء، والعمل على إيجاد ثقة النّاس به، وذلك بوضع الضمانات التي تكفل وصول الحقوق لأصحابها، ثم لا يضير شذوذ بعض الحالات من هذه الضمانات بأن يقع الظلم على بعض الأفراد، فهو متصور حيث إن المنوط بهم تحقيق العدالة من البشر غير المعصومين والعدالة المطلقة لله وحده، أو لما بنى عليه القضاء من اعتماده على الظاهر والذي قد يكون خلافاً للباطن، وما ينتج عنه من وجود الحكم قضاء و ديانةً، وإن مسألة الاختصام باللجوء لجهة تفصل النّزاع وما يترتب على ذلك من إجراءات هي مدار بحثنا في هذه الأطروحة كما سيأتي تفصيله -إن شاء الله تعالى- .

الفصل الأول

مقومات الخصومة ويشتمل على ثلاثة مباحث:

مقومات الشيء تعريفه، وعناصره، ومكوناته: وهي ركنه وسببه وشرطه وأطرافه وموضوعه وطبيعته وهدفه، لكن الخصومة كما سيأتي – إن شاء الله تعالى – تتنوع لأكثر من نوع إلا أن معظم هذه العناصر تنسحب على هذا التّنوع، إلا أن طبيعة الخصومة تختلف تبعاً لهذا التنوع، مرجئا بحثه في نوعه .

وإن هذا الفصل من هذه الدراسة سيكون بالنّظر إلى الخصومة كوحدة واحدة، ولذا سيتم التّعرف على طبيعتها، ودراسة عناصرها وإجراءاتها في إطار هذه الوحدة.

وسيعنى الفصل الثاني من هذه الدراسة: مراحل الخصومة، بسبر هذه الوحدة، والنظر للخصومة من داخلها، ودراسة إجراءات الخصومة دراسة تحليلية بأطر قواعدية، مقسماً الإجراءات إلى مراحل.

المبحث الأول: الخصومة، تعريفها وهدفها

المبحث الثاني: عناصر الخصومة، ركنها وسببها وشرطها وأطرافها

المبحث الثالث: الخصومة، موضوعها وأنواعها

المبحث الأول

الخصومة، تعريفها وهدفها

المطلب الأول: تعريف الخصومة

أولاً: المعنى اللغوي للخصومة:

الـخُصومةُ: الـجدلُ . خاصمه خِصاماً و مخاصمةٌ فَخَصمه يخْصِـمه خَصـماً: غلبـه بالـحجة، و الـخُصومةُ الاسم من التـخاصمِ و الاخْتِصامِ . [1] والخَصم المنازع يستوي فيـه المذكر والمؤنث والجمع لأنّه في الأصل مصـدر و خَاصـمه مخَاصـمةً و خِصـاماً والاسـم الخُصومةُ [2].

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للخصومة:

والمقصود هنا معنى الخصومة العام الذي يندرج جميع أنواعها تحته، أما تعريفها الخاص تبعا لأنواعها فسأدرجه ضمن كل نوع من أنواعها.

لقد اتّفق علماء الفقه والأصول أنّه من التعذر الشّرعي استخدام مصطلح الخصـومة فـي معناه الحقيقي وهو المنازعة والمناوئة والمضاربة؛ لأن المعنى الحقيقي لهذا المصطلح مهجـور شرعاً، وقد تُرِك معناها الأصلي شرعاً، فعليه إذا سمعت رجلاً يقول : إني قـد وكّلـت فلانـاً بالخصومة عنّي في دعوى كذا. تصرف كلمة الخصومة إلى ما أُستعمِلت فيـه شـرعاً, وهـو المرافعةُ والمدافعةُ عنه في دعوى أُقيمت عليه أو أقامها على غيره دون المعنى الحقيقي لها[3].

---

(١) ابن منظور، محمد بن كرم ، لسان العرب ، دار بيروت، ج ١٢ ص ١٨٠

(٢) الرازي، **مختار الصحاح**، ج ١، ص ٧٥، باب خصم .

(٣) البخاري، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج**٢، ص٨٩ حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الاحكام**، ج١، ص٦٠ ، شرح القواعد الفقهية، ج١، ص٣١٧

فقد استخدم فقهاء الشّريعة الإسلامية مصطلح الخصومة، كما أنّهم استخدموا مصـطلحات موازية له مثل مصطلح الحكومة(١)،ومثل مصطلح المرافعة(٢) والمدافعة، فيقول ابن القيم :"فـإن ظهر عناده ومدافعته للحاكم لم يضرب له أمداً , بل يفصل الحكومة"(٣). والمقصود هنا بفصـل الحكومة هو فصل الخصومة.

ويقول ابن نجيم في ذلك: "واحتكموا إلى الحاكم وتحاكموا بمعنى والمحاكمـة المخاصـمة إلى الحاكم" (٤).

وقد استخدموا هذه المصطلحات، وعنوا بها اللجـوء إلـى جهـة لفصـل النّـزاع بـين المتخاصمين بالطرق المقررة شرعاً .

ورغم تعرض أهل القانون لتعريف الخصومة القضائية إلا أنني لـم أجـد لهـم تعريفـاً للخصومة بمفهومها العام بحيث يندرج جميع أنواعها تحته .

وبذلك يمكن تعريف الخصومة بمفهومها العام الشامل لأنواعهـا وذلـك فـي الشّـريعة الإسلامية والقانون بأنّها: **(مجموع الإجراءات المؤدية لظهور الحق لدى جهة معتبرة، الملتجأ إليها لحسم النزاع وفقه)**. وإليك بشرح مفردات التعريف:

- مجموع: لأن الخصومة تتكون من عدة إجراءات متتابعة تبدأ بالدعوى أو المطالبة القضـائية وتنتهي بالحكم .
- الإجراءات: جمع إجراء والذي يطلق عليه اسم العمل الإجرائي، وهو الوحدة البسـيطة التـي تتكون منها الخصومة، فهي تتكون من مجموعة من الإجراءات تبدأ بالـدعوى أو بالمطالبـة القضائية وتنتهي بالحكم، ويعد كل إجراء على حدة عملاً قانونياً قائماً بذاتـه، يـنظّم قـانون المرافعات أو أصول المحاكمات عناصره وأثره القانوني والجزاء المترتّب علـى مخالفتـه. وسوف أقوم ببحثه مفصلاً عند الحديث عن ركن الخصومة.
- ظهور: ويكون ظهور الحق بهذه الإجراءات، من دعوى وجواب وإثبات ويمين ونكول.

---

(١) ابن القيم، محمد بن أبى بكر الزرعي، (ت: ٧٥١هـ) . **الطرق الحكمية**, ط١,مكتبة دار البيـان, بيروت، ص٢٦٣

(٢) المرتضى، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، ج٦، ص١٣٣

(٣) ابن القيم، محمد بن أبى بكر الزرعي، (ت: ٧٥١هـ) . **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ط١, دار الكتب العلمية, بيروت ،١ج، ص٧

(٤) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٤

- الحق: وهو الحق المتنازع عليه، وهو موضوع الخصومة وسيتم بحثه –إن شاء الله تعـالى- في مبحث موضوع الخصومة .
- الملتجأ : وإن كلمة اللجوء في وضعها اللغوي تستلزم الطلب؛ إما طلب الحمايـة ، أو العفـو والغفران والرحمة وغالباً ما يكون من الأدنى إلى الأعلى ، ومنها اللجوء إلـى الله- تبـارك وتعالى- طلباً في رحمته وغفرانه، ومنها اللجوء إلى بلد أو إلى ملجأ من الحرب فإنّه يتضمن طلب الحماية وكذلك اللجوء السياسي .
- جهة معتبرة : أي اعتبرها الشّارع سواء كان الشّرع في الخصومة في الشّريعة الإسـلامية، أو القانون في الخصومة في القوانين الوضعية، وبذلك يخـرج اللجـوء الـذي لـم يعتبـراه كالاستجارة أو الاستغاثة . وسأقوم –إن شاء الله تعالى_ بتفصيل الجهات المعتبـرة شـرعاً وقانوناً في موضعه، ولكن للمناسبة أذكر مجمِلاً بأن الشّريعة والقانون اتّفقا على اعتبار جهتين في فض المنازعات وهما التحكيم، ويكون باجتماع إرادة الخصمين ويستمد سلطته مـن هـذه الإرادة، والتّقاضي ويكون بالإرادة المنفرة لأحدهما ولا يستمد سلطته من إرادتيهما وإنّما مـن سلطة الدولة.
- حسم النّزاع : حيث إن حسم النّزاع يتضمن فصل الخصومة، أما فصل الخصومة فلا يستلزم حسم النّزاع كما سيأتي بحثه مفصلا – إن شاء الله تعالى – في مبحث طرق حسـم النّـزاع، وطرق فصل الخصومة من الفصل الرابع.
- وفقه، أي وفق الحق بعد الظهور للجهة المتولية حسم النزاع، أي من المتنازعين الحـق فـي جعبته .

ثالثاً: علاقة المعنى الاصطلاحي للخصومة بمعناها اللغوي:

إن معنى الخصومة لغة هو **الجدل** و**غلبة الحجة**، وإن المعنى الاصـطلاحي للخصـومة ينطبق على هذا المعنى، فهي تهدف للوصول إلى من هو صاحب **الحجة الغالبـة** للحكم له، ويتم معرفة من هو صاحب الحجة الغالبة عن طريق **الجدل** بين المتخاصمين وفق تنظيم معـين مـن الإجراءات المؤدية لهذه الغاية .

المطلب الثاني: هدف الخصومة

إن هدف الخصومة هو تحقيق العدالة وتكون بشقين: أولهما إيصال الحقـوق لأصـحابها، وثانيهما مدة هذا الإيصال، حيث يجب تقصير هذه المدة ما أمكن، سيما في الحقـوق المدنيـة،

حيث إن إطالة زمن إيصال الحقوق لأصحابها يؤدي إلى حرمان صاحب الحقّ مـن التّصـرف والاستفادة من حقّه في هذه المدة، وحيث إن حياة الإنسان محددة فإن هذا الحرمان يلحق الضرر بصاحب الحقّ، عدا عن أن بعض الحقوق وخصوصا المالية منها تولّد أموالاً جديـدة للمسـتفيد منها . كما في الجزائية تأخير العقاب يودي إلى ارتكاب المزيد من الجرائم .

ومن هنا كان تحقيق هذه العدالة المنشودة أمراً معقّداً، حيث إنّه يتطلّب من الشّارع إيجـاد المزيد من الإجراءات الاحترازية لضمانة الوصول إلى أحكام صائبة عادلة، يتم من خلالها منع القضاة أو المحكّمين من الحكم بأهوائهم والتحكّم برقبة المتخاصمين وإعطاء الفرصـة الكافيـة للمظلوم للدفاع عن حقّه بشتّى الوسائل المتاحة، وفي المقابل فإن تعقيـد الإجـراءات وزيادتهـا يؤديان إلى خلل في الشّق الثّاني للعدالة، وذلك بإطالة أمد التقاضي وبالتّالي إلـى زيـادة فتـرة حرمان صاحب الحقّ من استغلال حقّه، فإن شقي العدالة يكمن كل منهما في أحد كفتي الميزان، وهما يتناسبان تناسباً عكسياً، مما يجعل عملية تحقيق العدالة عملية معقّدة بحاجـة إلـى ضـبط التّوازن بين شقيها وعدم طغيان إحداهما على الأخرى .

إن الشّريعة الإسلامية قد نجحت في ضبط هذا التّوازن، وبالتّالي الوصول إلـى تحقيـق العدالة المنشودة من الخصومة بشقيها، فكانت الخصومة فيها مقتصرة على الإجراءات المؤديـة لضمان عدالة الأحكام، وتنحت عن الإجراءات التي لا تتضمن تحقيق العدالة، وإنّما يتوهم منهـا ذلك رغبة في الاحتياط الزائد عن الحاجة، كما حدث للخصومة في القوانين الوضعية، فقد أُثقِلت بالإجراءات التي ناءت بحملها، وذلك بهدف تحقيق الشّق الأول من العدالة، فهوت كفّتُها راجحة على الأخرى، حتى أن الأمر صار على غير ما اشتهاه مشرعو هذه القوانين، وكأن المثل القائل من مأمنه يؤتى الحذر قد قيل فيهم، فإن زيادة أمد التّقاضي الذي حصل وتأخير وصول الحقوق لأصحابها جعل هذه العدالة التي بالغوا في تحريها وعلى فرض تحقيقها معيبة في شقّها الآخـر، بل عاد هذا العيب في الشّق الثّاني على الشّق الأول بالنّقض ، فقد أخذ أصحاب الحقوق ينكفـون عن اللجوء للقضاء لتحصيل حقوقهم؛ لأن تعقيد الإجراءات أدى إلى ارتفاع المؤونة والكلفة على صاحب الحقّ إيجاباً وسلباً، فارتفاعها إيجاباً بزيادة مصروفاته لحضـور الجلسـات أو توكيـل المحامين، وأما ارتفاعها سلباً فبتأخير الوصول للحقّ بما يحمله من ضرر مادي، وهو حرمانـه من الاستفادة من حقّه وتنميته، مما ألجأ مشرعي القوانين الوضعية إلى إيجـاد الحلـول البديلـة لذلك، فكان مما عملوا به هو نظام تقدير الفائدة ، بتعويض صاحب الحقّ بفائدة مالية عن المـدة التي تأخّر وصول حقّه إليه، ومن المعلوم أن هذا ربا بعينه عدا عن عدم جدوى هذه الطريقة، إذ أنّها تقتصر على الحقوق المقدرة بمال فقط ، كما عملوا على إيجاد طرق بديلة من الخصـومات

مثل نظام إدارة الدعوى المدنية أو نظام الوساطة، وهي أنظمة معمول بها ومفعلـة فـي نظـام القضاء الإسلامي كما سيأتي –إن شاء الله تعالى-[١] .

---

(١) وضعت هذا المطلب من خلال عملي القضائي واطلاعي على الواقع القضائي، ولا أعني الواقع فـي بلـد معين أو في قانون معين، فإينما وجد قانون وضعي مطبق فهذا واقعه، وكـذلك لا أعنـي نظـام القضـاء الشّرعي؛ حيث إنّه مستمد من الفقه الإسلامي سواء بشقّيه الموضوعي أو الشّكلي، وعليه فإننا نلاحظ الفرق الشاسع بين نظام القضاء الشّرعي وبين غيره من حيث أمد التّقاضي، ويعود ذلك لما ذكـر، فـإن الـنّظم الوضعية- سيما في إجراءات الإثبات وخصوصا في الشّق الجزائي منها- لم تضبط هذه الإجراءات وفـق الشّريعة الإسلامية التي حددت للقاضي طرق الإثبات وقيمتها، بل أعطت للقاضي حقّ سماع البينات التـي يشاء والقناعة الشّخصية بها دون تحديد لقيمتها بل هو الذي يقوم بوزنها، بل ولم توزع عبء الإثبات فتسمع عندهم بينات المدعي وبينات المدعى عليه بما يعرف بالبينة والبينة المعاكسة، أنظـر: الزحيلـي، **وسـائل الإثبات في الشريعة الإسلامية**، ج١، ص١٤٠

المبحث الثاني:

عناصر الخصومة، ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: ركنها، الإجراء

المطلب الثاني: سببها، إرادة اللجوء للجهة المعتبرة

المطلب الثالث: شرطها، النزاع

المطلب الرابع: أطرافها، المتخاصمون والجهة المختصم إليها

المطلب الأول

ركـن الخصومـة

وركن الشيء قوامه الداخل في ماهيته، وهو ما يلزم من وجوده الوجود ويلزم من عدمـه العدم وهو داخل في الماهية(١) .

وعليه فإن ركن الخصومة كما يتبين من التّعريف السابق لها هو الإجراء، وهـو مفـرد إجراءات، وهي المكونة لها، والتي تسمى الأعمال الإجرائية والتي مفردها العمل الإجرائي .

ومن ضمن هذه الأعمال الإجرائية الدعوى وهي مبتـدأ الخصـومة، والتـي تتسلسـل إجراءاتها إلى وصولاً إلى حكم معلن بحسم النّزاع أو بفصل الخصومة .

رغم عدم وجود مصطلح إجراء أو عمل إجرائي في الشّريعة الإسلامية؛ إلا أن المسمى موجود فيها، فمنذ عهد الرسولﷺ ومن ثم في زمن صحابته - رضوان الله عليهم - ومن بعـد في فقهها الزاخر، عرف العمل الإجرائي وإن لم يذكر باسمه؛ فإن عدم التسمية لا تنفي وجـود المسمى، بل القاعدة الأبعد من ذلك أنّه لا مشاحة في الاصطلاح؛ فقد ورد عنه ﷺ أحاديث كثيرة تبين إجراءات الخصومة وكيفية السير فيها ومنها قوله ﷺ : " البينة على المدعي واليمين علـى من أنكر"(٢) فهذا الحديث جاء لبيان الأعمال الإجرائية الواجب اتّخاذها ضمن الخصومة، فقد بين ﷺ إجراءات السير في الخصومة بأن تبدأ بالدعوى ثم ببينة المدعي بعد إنكار المدعى عليه، ثـم بتحليف المدعى عليه بعد عجز المدعي عن الإثبات ، فطلب بينة المدعي هو إجراء مترتّب على إنكار المدعى عليه، وتحليف المدعى عليه هو إجراء مترتّب على عجز المدعي عن الإثبات .

وفي عهد الصحابة كذلك أُثِر عنهم بما يعز حصره من تبيينهم لإجراءات الخصومة من خلال تعليم الخلفاء لمن قاموا ببعثهم لتولّي منصب القضاء، أو ضمن كتبهم إليهم، أو من خـلال

---

(١) زيدان، عبدالكريم، **الوجيز في أصول الفقه**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨، ،ص٥٩

(٢) الترمذي، سنن الترمذي مع تعليقات الألباني، قال أبو عيسى هذا حـديث حسـن صـحيح، قـال الشـيخ الألباني:صحيح، ج٤، ص١١٨

تطبيقهم لهذه الإجراءات في فصلهم للخصومات التي باشروا نظرها بأنفسهم، ومن هذه الكتـب كتاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري- رضي الله عنهما-[١].

أما في الفقه، فإنّه لا يخفى كم تنوء بحور هذا الفقه مـن المؤلّفـات فـي بيـان هـذه الإجراءات، حتى أنّه خصص لها فصولاً وأبواباً، بل ومؤلّفات خاصة، فما يخلو مصنّف فقهـي من أبواب في الدعوى والقضاء والبينات، عدا عما استقل من مؤلّفات في هذه الأبواب .

الفرع الأول: تعريف العمل الإجرائي عند أهل القانون:

إن غالبية فقهاء القانون يعرفون العمل الإجرائي بأنّه : " الأعمال التي يرتّب عليها القانون مباشرةً إنشاء أو تطور أو تعديلَ أو إنهاء الخصومة كرابطة قانونية "[٢].

ويتميز هذا التّعريف بالنّظر إلى أثر العمل، أي باعتبار العمل إجرائياً إذا كان يـؤثّر فـي الخصومة. ويعيب هذا التّعريف أنّه غير جامع؛ فإن عقد التحكيم والاتّفاق علـى الاختصـاص المحلي قبل الخصومة يؤثّران في الخصومة وليس لهما طبيعـة العمـل الإجرائـي، لأن هـذه الأعمال لا تكون جزءاً من الخصومة، والعمل الإجرائي إنّما يستمد طبيعته وأحكامه من اعتباره جزءاً من الخصومة[٣].

وبعد أن انتقد فتحي والي التّعريف السابق، وبين أنّه يوجد تعريفات لم تلـق نجاحـاً فقـد عرف العمل الإجرائي بأنه: " العمل الذي يرتّب القانون عليه مباشرة أثراً إجرائياً ويكون جـزءاً من الخصومة"[٤].

كما عرف وجدي راغب الإجراء القضائي – وهو نفس مصطلح العمل الإجرائي- بأنّـه: "المسلك الإيجابي الذي يكون جزءاً من الخصومة ويرتّب أثراً إجرائياً فيها "[٥].

---

(١) أنظر: ابن فرحون، برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم محمد بن فرحون اليعمري المالكي. **تبصرة الحكام فـي أصول الأقضية ومناهج الأحكام،** ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان، ، ١٣٠١هـ ـ ، ج١، ص٣١-٣٢

(٢) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي،** ص٢٧

(٣) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي** ، ص٢٨

(٤) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي** ، ص٢٩

(٥)راغب، **الموجز في قانون المرافعات،** ص٢٣٢

ونلاحظ التّشابه بين آخر تعريفين، والفرق بينهما زيادة (مسلك إيجابي) في الآخر منهما والذي معناه إخراج من هذه الأعمال الإجرائية مجرد الامتناع عن عمل كالغياب مثلاً، وكذلك أعمال الذكاء المحضة مثل دراسة أوراق القضية[١] .

الفرع الثاني: طبيعة العمل الإجرائي

يرى الفقهاء الفرنسيون أن العمل الإجرائي يعد تصرفاً قانونياً، أما الفقه الإيطالي، فقد ذهب في مجموعه إلى أنّه يوجد من الأعمال الإجرائية ما يعد تصرفات قانونية، وأطلق عليها اسم التّصرفات القانونية الإجرائية[٢].

ويرى البعض أن العمل الإجرائي هو قاعدة قانونية، وكذلك الحال بالنّسبة إلى قواعد المرافعات، فهي وإن لم تأمر النّاس برفع دعاويهم إلى القضاء إلا أنّها تلزمهم إذا ما رفعوها، بأن يتّبعوا إجراءات معينه[٣].

ويرى الأستاذ فتحي والي أنّه لا يمكن معرفة طبيعة العمل الإجرائي، إلا ببحث الإجراءات كأعمال مستقلّة، أي بالنّظر إلى الآثار الخاصة لكل منها في الخصومة[٤].

كما انتقد فتحي والي النّظريتين الفرنسية والإيطالية، فيقول في النّظرية الإيطالية: "وفي تقديرنا أنّه ليس صحيحاً أن الأعمال الإجرائية تعد كلّها أو غالبيتها تصرفات قانونية، وإن كان بعضها يمكن أن يكون كذلك فلا فائدة من عزلها عن غيرها من الإجراءات"[٥]. وينتقد النظرية الفرنسية: حيث إن من مستلزمات أن يكون العمل الإجرائي تصرفاً قانونياً إجرائياً، أن يجتمع شقّان هما: التّصرف القانوني، والأعمال الإجرائية، والقول بالتّصرف القانوني غير صحيح، ذلك أن العمل الإجرائي يشكل وحدة كبيرة وهي الخصومة، وهذه الوحدة تجمع الأعمال الإجرائية وتربط بينها مما يؤدي إلى نتيجة حتمية، أن كل عمل وإن تم مستقلاً عن غيره، إلا أنّه مرتبط بهذا الغير ارتباطا يفقده استقلاله وكيانه الذّاتي، بحيث لو أخذنا عملاً إجرائياً وحده لما كان له معنى، فإنّه يفقد معناه الذي يفهم منه في الخصومة، وهذا التّرابط بين الأعمال الإجرائية

---

(١) راغب، **الموجز في قانون المرافعات**، ص٢٣٢

(٢) والي، فتحي، **قانون القضاء المدني**، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٧٣، ج١، ص٦٩٢-٦٩٣

(٣) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص٣٦

(٤) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي** ، ص٦٢-٦٣

(٥) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٦٩٢-٦٩٣

وتكوينها وحده يؤدي إلى نتيجة هامة، وهي عدم معرفة ما يترتّب على العمل الواحد من آثـار بين الآثار القانونية التي تنتجها مجتمعة، وبما أن العمل الإجرائي لا يسـتطيع أن يرتّـب أثـراً نهائياً، فلا يمكن اعتباره تصرفاً قانونياً[١].

ويترتّب على اعتبار العمل الإجرائي تصرفاً قانونياً، تطبيق قواعد التّصـرف القـانوني المعروفة في القانون المدني على الإجراء القضائي، وأهمها الاعتداد بعيوب الإرادة وبالسبب في صحة التّصرف القانوني ووجوده[٢].

إلا أنّه يذهب اتجاه قوي إلى معارضة أن العمل الإجرائي هو تصرف قـانوني، وأنّـه إعلان عن إرادة الخصم أو القاضي، وأنّه لا فائدة من هذا التكييف لأن الإجـراء القضـائي لا يخضع لقواعد التّصرف القانوني المعروفة في القانون المدني، بل يخضع لقواعد المرافعـات[٣]. فقواعد المرافعات لا تتيح متسعاً لمبدأ الإرادة، فإن للإرادة سلطاناً ويمكن الكلام عن مبدأ سلطان الإرادة، وحيث لا يكون هناك سلطان للإرادة لا نكون بصدد تصرف قـانوني، وحيـث يوجـد السلطان وتكون الإرادة حرة فإن العمل يعد تصرفاً قانونياً[٤].

رأي الباحث:

إن ما تتوقف عليه هذه المسألة هو سلطان إرادة الخصوم، وكذلك القاضي في الإجراءات المتخذة في الخصومة، وإن كان يبدو أن للقاضي والخصوم إرادة في القيام بالإجراءات، إلا أنـه في حقيقة الأمر أن إرادتهم مقيدة، فالقاضي مجبر على فصل الخصـومة واتبـاع الإجـراءات المقررة لفصلها، كما أن الخصوم مجبرون ومحمولون على الإجراءات، فعلى سبيل المثال عنـد دعوة وتبليغ المدعى عليه للحضور لا يمكن أن يقال إنّه صاحب إرادة في الحضور وبذلك فـإن حضوره يعد تصرفا قانونيا، وذلك لأنه في حقيقة الأمر مجبر على الحضور لما يترتب عليه من جزاء في حال تغيبه بإجراء محاكمته غيابيا، وبذلك نلاحظ أن إرادته في الحضور مقيدة، وقـس

---

(١) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي** ، ص٦٢-٦٣

(٢) راغب، وجدي، **مبادئ الخصومة المدنية** (دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعـات) ، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٨، ص٢٦-٢٧

(٣) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٢٣٣-٢٣٤ ، راغب، **مبادئ الخصومة المدنيـة**، ص٢٦-٢٧

(٤) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٦٩٢

على ذلك باقي إجراءات الخصومة، فحيثما يبدو أن أحد الخصوم هو من يقوم بالإجراء بإرادتـه نلاحظ أن هذه الإرادة مشوبة بجزاء معين يجبره على القيام بهذا الإجراء.

وإن محاولة النظرية الإيطالية تلافي هذا الأمر، بأن قيدت التصـرف القـانوني بأنـه إجرائي، إلا أن ذلك لم يكن مجديا، ولم يظهر أثر عملي لهذا القيد، يفرق بين التصرف القانوني المطلق، وبين التصرف القانوني الإجرائي وهو مدار الخلاف .

وعليه يتبين وجاهة القول بأن العمل الإجرائي هو قاعدة قانونية، وروعة تفسير هذا القول، بأنه لا يعني ذلك إلزام الناس على رفع دعاويهم واللجوء للقضاء، ولكن إذا ما لجؤا بالفعـل فـإنهم يحملون ويلزمون على هذه الإجراءات .

المطلب الثاني

ســبب الخصومــة

من خلال التعريف السابق للخصومة وبالنّظر لها كوحدة واحدة من خارجها، وحيـث أن سبب الشيء هو ما يتوقّف على وجوده وجود الشيء وعلى عدمه عدم الشيء، ولكنّه غير داخل في الماهية[١]؛ يتبين لنا أن سبب الخصومة هو إرادة أحد طرفي النّزاع في اللجوء لجهة معينـة في فصل النّزاع، وهذه الإرادة تنقسم إلى نوعين: فقد يتم اللجوء للجهة بإرادة منفردة مـن أحـد طرفي النّزاع، وهنا لا يمكن أن تكون هذه الجهة سوى القضاء. وقد يتم اللجوء للجهة المعينـة بإرادة طرفي النّزاع، وهنا قد تكون هذه الجهة هي القضاء، فقد كان الخصـمان يـذهبان مـع بعضهما إلى القاضي ليفصل بينهما، وقد تكون هذه الجهة هي التحكيم، ولكن هذه الإرادة ليسـت وحدها الحد الفاصل بين الخصومة بنوعيها القضائية والتحكيمية كما سيأتي- إن شاء الله تعالى- بحثه.

سبب الخصومة في القانون الوضعي:

من خلال بحث أهل القانون مسألة ابتداء الخصومة تبين وجود رأيين في المسألة : الرأي الأول : يرى أن الخصومة تبدأ بإيداع المدعي للائحة دعواه لـدى الموظّـف المخـتص، وأن المطالبة القضائية هي جزء من الخصومة. بينما يرى الفريق الآخر أن المطالبة القضائية هـي فاتحة الخصومة لكنّها ليست جزءاً منها[٢]. وعليه وبناء على القـول الثـاني ومـن يـرون أن المطالبة القضائية هي ليست جزءاً من الخصومة وهي ليست إجراء من إجراءاتها، فإن المطالبة القضائية تكون هي سبب الخصومة، فوجود الخصومة متوقّف على وجود المطالبـة القضـائية، وهي ليست جزءاً منها وغير داخلة في ماهيتها .

---

(١) الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، (ت: ٧٤٥هـ). **البحر المحـيط**، دار الكتبـي، ج٢، ص٧، القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق**، ج١، ص١١٠ ، زيـدان، **الـوجيز فـي أصـول الفقه**،ص٥٩

(٢) النيداني، الأنصاري حسن، **مبدأ وحدة الخصومة ونطاقة في قانون المرافعات** دراسة علمية وعملية لظاهرة تعدد أطراف الخصومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ١٩٩٨، ص١

مقارنة بين الشريعة والقانون:

يتّضح انحسار الفارق بين الشّريعة والقانون، إذا ما عرفنا أن إرادة أحد طرفي النّـزاع في اللجوء لجهة لفض النّزاع تتحقق بالدعوى عند فقهاء الشريعة، أو بالمطالبة القضـائية عنـد أهل القانون إن كان اللجوء للقضاء، وبإبرام عقد التحكيم إن كان اللجوء للتحكيم، ويبقى الخلاف منحسراً في أن الدعوى وعقد التحكيم في الشّريعة الاسلامية والمطالبة القضائية في القانون هـل هي إجراءات من ضمن إجراءات الخصومة، أم أنّها ليست من ضمن إجرءاتها؟ وهو ما سـيتم تفصيله –إن شاء الله- في مبحث ابتداء الخصومة .

المطلب الثالث

شـرط الخصومـة

وبما أن الشّرط هو ما يتوقّف على عدمه العدم، ولا يتوقّف على وجوده الوجود ويكـون خارجاً عن الماهية(١)، إلا أن الفرق بين السبب والشّرط دقيق، حيث إن كليهما مانع من التحقـق عند عدمه(٢)، وعليه وحسب التّعريف المتقدم للخصومة، فإن شرط الخصومة هو النّزاع، حيـث إنّه لا خصومة بلا نزاع حول الحقّ، ولكن وجود النّزاع لا يستلزم وجود الخصومة، بل يتطلّب وجودها وجود سببها، وهو اللجوء بالدعوى، أو بالمطالبة القضائية أو بالاتّفاق على التحكيم .

النّزاع لغة:

نَزع الشيء من مكانه قلعه من باب ضرب، ونَازعه منَازعةً جاذبـه فـي الخصـومة وبينهم نَزاعةٌ بالفتح أي: خصومة في حقّ، و التنَازع: التخاصم، و نَازعت الـنّفس إلـى كـذا نِزاعاً: اشتاقت، و انْتَزع الشيء فانتزع: أي اقتلعه فاقتلع(٣).

النّزاع اصطلاحاً:

إن بحث النّزاع ليس باليسير فإنّه يستحقّ أطروحة وحده، ويمكن أن تصاغ دراسته علـى شكل نظرية يدرس فيها الموضوع من كل جوانبه تدرج مسائله المتعددة تحت أنواعه الرئيسة .

وتأسيساً لهذه النّظرية يمكن القول أن النّزاع ينقسم إلى قسمين رئيسين: نزاع في حقـوق الله، ونزاع في حقوق العباد .

أما القسم الأول: فيمثّل فيه النّزاع بشكل الاعتـداء علـى جماعـة المسـلمين بالمسـاس بالمصلحة العامة لهم، وهي سيادة شرع ربهم وحفظ دينهم وحفظ أمنهم ومجتمعهم، وإن كان هذا

---

(١) زيدان، **الوجيز في أصول الفقه**، ص٥٩ ، القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق** ، ج١، ص١١٠

(٢) وفي الحدود الدقيقة الفاصلة بين السبب والشّرط، أنظر: القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفـروق** ، ج١، ص١١٠

(٣) الرازي، **مختار الصحاح**، ج ١ ص ٢٧٣

الاعتداء يمس فرداً بعينه إلا أن آثاره متعدية عليهم وذلك كالقتل ، وإن كان المعتدى عليه فرداً في المجتمع إلا أن المساس بأمن المجتمع كلّه، قال تعالى : (**مِن أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسرائِيلَ أَنه من قَتَلَ نَفْسا بِغَير نَفْسٍ أَو فَسادٍ فِي الأَرض فَكَأَنما قَتَلَ الناس جمِيعا ومن أَحياها فَكَأَنما أَحيا الناس جمِيعا ولَقَد جاءتْهم رسلُنَا بِالْبينَاتِ ثُم إِن كَثِيرا منْهم بعد ذَلِك فِي الأَرض لَمسرِفُون**) [١].

أما القسم الثاني: فقد لا يكون اعتداء ابتداء، وذلك توخياً لحسن النية من أن الطرفين كل يعتقد أنّه صاحب الحقّ، ويمكن أن يدعي مساس الآخر بمصلحته الناشئة عن الحقّ وعلى الأقل أن ينكر المساس بالمصلحة والحقّ .

وعليه يمكننا القول إن النّزاع في القسمين ناشئ عن تعارض مصلحتين، ففي الأول: تعارض مصلحة المجتمع في حفظ دينه وآدابه وأمنه بما يعرف بالحقّ العام الشّرعي بقيامه بمعاقبة الجناة وردعهم مع مصلحة الجاني لا في الجناية وإن كان لم يقدم عليها إلا لدوافع قد تشكّل عنده مصلحة موهومة بل كذلك في مصلحته في عدم إيقاع العقوبة عليه. أما في القسم الثاني: فإن النّزاع يكون بتعارض المصالح المباشرة لطرفي النّزاع الناشئة عن الحقّ المدعى به، فالادعاء بالدين يشكّل نزاعاً بين مصلحتين وهي مصلحة الدائن في تحصيل الدين، وبين مصلحة المدين في براءة الذّمة من الدين .

وعليه فإنّنا نلاحظ أن تعارض المصلحتين شرط في وجود النّزاع؛ أما وجود المصلحتين دون تعارضهما لا يشكّل نزاعاً، وإنّما تكون العلاقة بين المصلحتين علاقة شراكة بدلاً من منازعة فالأولى تنشأ عن توافق مصلحتين .

وعليه يمكننا القول أن وجود مصلحتين يشكّل ركن النّزاع ، وتعارض هاتين المصلحتين يشكل شرط النّزاع، والحقّ المتنازع عليه هو موضوع النّزاع، والجهل بالحقّ أو الافتئات عليه هو سبب النّزاع، فقد كان يحصل التّنازع بين الصحابة ولا يمكن القول بحال إن سبب تنازعهم الافتئات والظّلم، إنّما كان عدم الإحاطة بالحكم الشّرعي، وكان لجوؤهم للقضاء من قبيل الاستفتاء، فحيثما تبين الحقّ سارع الواحد منهم باتّباعه[٢] .

---

(١) سورة المائدة،الآية ٣٢

(٢) السرخسي، **المبسوط**، دار المعرفة، ج١٦، ص٧٣

ولقد أسهب فقهاء الشّريعة في بحث النّزاع، لإدراكهم ما يترتّب عليه من إجراءات هامـة وفاصلة في الخصومة، وقد فصلوا ذلك تحت مسمى صحة الخصومة. وعنوا بصحة الخصـومة وجود النّزاع الحقيقي، الذي يترتّب عليه خصومة، أما إذا كان النّزاع موهوماً أو مفـتعلاً فلـم يرتّبوا عليه صحة الخصومة، ولو كان هناك اعتداء على حقّ من الحقوق .

وحيث إن النّزاع يقتضي المشاركة، ولا يتحقق إلا بها فلا بد أن يكـون هنـاك طرفـان للنّزاع على الأقل، ولا يتصور وجود نزاع بطرف واحد حتى في حقوق الله، حيث إن الشّرع لا ينتصب خصماً لأحد ، فإن الحقّ العام للمجتمع هو من ينتصب خصماً في ذلك.

وينتج النّزاع عند تعرض الحقّ للاعتداء، فيكون صاحب الحقّ أو المستفيد من الحقّ فـي الظّاهر طرفاً في هذا النّزاع، وهو من له مصلحة في استقرار هذا الحقّ على ظاهره، ويكـون الطّرف الآخر الذي يطالب بتغيير هذا الظّاهر، هو المنازع في هذا الحقّ .

ومن هنا نرى مدى تشعب مسألة تحديد المنازع الموصلة إلى مسألة صـحة الخصـومة، والتي قد وضع لها فقهاء الشّريعة الإسلامية القواعد الدالة عليها، ومن أهـم هـذه القواعـد، أن المدعي من له مصلحة، وأن المدعى عليه من إذا أقر يترتّب على إقراره حكم(١) .

وقد يكون النّزاع محتملاً أو متوهماً كالدعوى بالمراد، وهي من الدعاوى الباطلـة لعـدم وجود النّزاع، كما لو ادعى أحد بقوله: إن هذا المدعى عليه يريد أخذ مالي أو يريد إضراري(٢).

وكدعوى دفع النّزاع، وهي باطلة كذلك، كقول المدعي: إذا كان لهذا المدعى عليـه حـقّ فليدع به، أو ليعلن أن ذمتي بريئة أمام المحكمة، خلافاً لدعوى دفع التّعـرض وهـي دعـوى مسموعة شرعاً لوجود النّزاع الحقيقي، كقول المدعي: أن المدعى عليه يتعرض لي فـي حقـي طالباً منعه من هذا التّعرض، لما يشكّل هذا التّعرض من نزاع(٣) .

النّزاع عند أهل القانون :

لم يتطرق أهل القانون إلى بحث النّزاع، ولم أطلع على هذا المصطلح عندهم سوى مـا

---

(١) بحث الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين في رسالته نظرية الدعوى هذه القواعد وقام باستنباط المعايير لـدى الفقهاء تحت باب الصفة، انظر: ياسين، **نظرية الدعوى** ، ص٢٧٨ وما بعدها.

(٢) حيدر، **أصول استماع الدعوى** ،ص٤٦

(٣) حيدر، **أصول استماع الدعوى**، ص٤٦

ذكر في دعوى قطع النّزاع، والتي اعترف بها القانون الفرنسي القديم، إلا أن القانون الفرنسـي الحديث لم يتطرق لها، لذا يثور خلاف حول قبولها[١]، ورغم عدم تطرق أهل القـانون لبحـث النّزاع إلا أنّهم قد توسعوا في بحث ركن النّزاع وهو المصلحة، وربما وجدوا في بحثهـا فائـدة تغني عن بحث النّزاع .

وقد عرفوا المصلحة بأنّها: الفائدة العملية المشروعة التي يستفيدها المدعي بـ دعواها أو المدعى عليه بدفاعه أو الطّاعن في الحكم من وراء دفعه، فهي مناط الدعوى أو الدفع أو الطّعن، ولذلك يقال لا دعوى حيث لا مصلحة، فإذا انعدمت الفائدة من الدعوى كانت غير مقبولة[٢].

ولا يشترط أن تكون المصلحة مالية أي قابلة للتقويم بالنّقود، فيكفي أن يكون مقدم الطلب أو الدفع يهدف منه لمجرد رد اعتباره، أما إذا كانت هذه المصلحة من الفوائد المقومـة بالمـال فإنّها تكون مالية ولو كانت بهدف إصلاح ضرر أدبي، كما لا يشترط أن تكون المصلحة متعلّقة بشخص طبيعي، ويجوز أن تكون متعلّقة بشخص معنوي كنقابة أو جمعية أو شركة، وغيرهـا من الشّخصيات الاعتبارية[٣].

ويشترط في المصلحة المرعية ثلاثة شروط[٤]:

١.أن تكون قانونية ومشروعة، أي يعترف بها القانون ويحميهـا، فـلا يحمـي القـانون المصالح غير الشّرعية، وتعتبر المصلحة غير مشروعة عندما تتعارض مع المصلحة العامة أو الآداب العامة، كديون القمار حيث أن القمار غير مشروع فتكون مصلحة المطالبة بدينـه غيـر مشروعة.

٢.ويشترط كذلك أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة، وهذا الجانـب الشخصـي مـن جوانب المصلحة يعبر عنه بالصفة .

٣.كما يشترط أن تكون المصلحة قائمة وحالّة، أي متوافرة عند تقديم الطلب، أو الدفع وأن تستمر إلى وقت الحكم فيه، وأن لا تكون محتملة لأنّها غير مؤكّدة ، بعكس المصلحة الحالّة فهي

---

(١) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص ١٣١

(٢) مسلم، أحمد، **قانون القضاء المدني المرافعات أو أصول المحاكمات المدنية**، دار النهضة العربية، ص١٥٣

(٣) بديوي، عبد العزيز خليل ابراهيم، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسـلام**، دار الفكر العربـي، ص١٠١

(٤) والي، **قانون القضاء المدني** ، ج١، ص١٢٧-١٣٦ ، مسلم، **قانون القضـاء المـدني**، ص١٥٤-١٥٥ ، بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٩٩-١٠٣ .

مؤكّدة، إلا أنّه يرد استثناء على هذه القاعدة ويكتفى فيه بالمصلحة المحتملة، وهي الدعاوى الوقائية، حيث إن المصلحة في هذه الدعاوى تتمثّل في مجرد الوقاية من ضرر لم يقع بعد ولكن احتمال وقوعه في المستقبل قائم، فالقصد منها توقّي الضرر، أو الحيلولة دون وقوع الاعتداء، وليس العلاج برد الاعتداء وإصلاح آثارة، وتنحصر هذه الدعاوي في حالتين،لكل حالة منها تطبيقات على النّحو التالي[١]:

الحالة الأولى: إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق،مثل[٢] :

١. دعوى وقف الأعمال الجديدة، وهناك رأي يرى أن المصلحة في هذه الدعوى قائمة وليست محتملة.
٢. دعوى قطع النّزاع وتسمى هذه الدعوى أيضا بالدعوى التحريضية، وهي التي يقوم شخص برفعها لإلزام أحد الأشخاص بالحضور أمام المحكمة ليقرر أنّه ليس له ديون على رافعها، أو ليس دائناً له بحق من الحقوق وذلك بعد مزاعم من المدعي عليه بوجود حقوق له قبل المدعي، فيهدف المدعي إثارة هذه المزاعم ليصل إلى حكم ببراءته منها. وذهب فريق من شراح القانون إلى عدم قبولها، لعدم قيام المصلحة، والرأي الغالب يجيز رفع هذه الدعوى وينهي إلى قبولها بشرط أن لا تكون المزاعم أو الادعاءات مجرد تخرصات ليس لها أثر يعتد به، فيجب لقبولها كون احتمال وقوع الضرر من جراء هذه المزاعم وشيك الوقوع، بأن تكون قد صدرت بفعل علني وبلغت من التّعلين والتّحديد مبلغاً يضر بحقوق أو بسمعة المدعي[٣].
٣. الدعوى الاستفهامية أو الاستجوابية، وهي التي ترفع من شخص على آخر لكي يأتي أمام المحكمة ويقرر إن كان يريد التّمسك بحقّ معين من الحقوق من عدمه، أو ليحدد كيفية تفسيره لعقد من العقود، فإن لم يحضر أو امتنع عن الرد ضاع عليه الحقّ، فهذه الدعوى أجيزت لقطع النّزاع المحتمل من الإثارة مستقبلاً، والمصلحة فيها محتملة، فقد لا يثار هذا النّزاع، ولكنّه وقت رفع الدعوى هو في نظر المدعي أنسب الأوقات للحصول على هذه الإجابة من الطّرف الآخر، كأن يكون هناك شرط قابل للإبطال في عقد من العقود لأي سبب من الأسباب، بأن يكون المتعاقد معه ناقص الأهلية عند إبرامه فله حقّ الطّلب في إبطال العقد خلال ثلاث سنوات من تاريخ بلوغه سن الرشد، فيقوم المتعاقد الآخر لقطع النّزاع

---

(١) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص١٠٤-١٠٩

(٢) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص١٠٤-١٠٩

(٣) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام** ، ص١٠١

حول حقّ طلب الإبطال برفع هذه الدعوى عليه، ويطلب منه فور بلوغه سن الرشد الإجابة عما إذا كان يريد التّمسك بهذا البطلان خلال هذه المدة من عدمه، حتى تستقر الأوضاع ولا يظلّ مهدداً بطلب البطلان طيلة هذه المدة[1].

الحالة الثانية: إذا كان الهدف من الطلب الاستوثاق لحقّ يخشى زوال دليله عند النّزاع فيه، ومن تطبيقات هذه الحالة الدعاوى التي نص عليها قانون الإثبات وهي:

١. دعوى تحقيق الخطوط الأصلية، والهدف منها تقرير صحة واقعة معينة، وهي التوقيع أو الختم ، أو بصمة الإصبع الثابتة على محرر عرفي، أو نسبة الخط للمدعى عليه.
٢. دعوى التزوير الأصلية، وهي على عكس الدعوى السابقة، ترفع ممن تشهد عليه الورقة لإثبات عدم صحتها، وسميت أصلية لأن رفعها ابتداء وليس ضمن دعوى.
٣. دعوى سماع الشّهود، وتسمى أيضا بدعوى التحقيق الأصلية، لأن الهدف منها سماع وإثبات شهادة شاهد، يخشى موته أو سفره، ويخشى عدم التمكّن من سماع شهادته عند إثارة النّزاع، فالمصلحة محتملة لأن رفع النّزاع محتمل وليس مؤكّد.
٤. دعوى إثبات الحالة، يجوز لمن يخشى ضياع واقعة معينة يحتمل أن تكون محلّ نزاع أمام القضاء طلب إثبات هذه المعالم، بالرغم من أن المصلحة لدى الطالب محتملة وغير قائمة، فقد لا يعرض على القضاء هذه الواقعة ولا يثور حولها نزاع[2].

(١) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص١٠٤-١٠٩

(٢) والي، **قانون القضاء المدني** ، ج١، ص١٢٧-١٣٦ ، مسلم، **قانون القضاء المدني**، ص١٥٤-١٥٥ ، بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص١٠٦-١١١ .

المطلب الرابع

أطراف الخصومـة

المقصود بأطراف الخصومة الأشخاص الذين بوجودهم تتشكّل الخصومة ويـتم فصـلها. والمقصود بالأشخاص الشخصية العادية ، والشخصية الاعتبارية، وبقولنا الأشخاص يخرج مـن هذا المبحث ما قد يتبادر إلى الأذهان من أنّه طرف وليس في حقيقته كذلك، فالشّرع أو القـانون الذي تتحاكم إليه أطراف الخصومة ليس طرفاً من أطرافها، فإن الشّرع لا ينتصب خصماً لأحد، وإن كانوا جميعاً مكلفين بالخضوع لأحكامه، إلا أن القاضي المطبق للشّرع يكـون طرفـاً فـي الخصومة ليس من حيث تشكّلها وإنّما من حيث فصلها، وذلك تبعاً لما عرفنا الخصومة به، فهي الإجراءات الهادفة لحسم النّزاع التي يرتّبها الشّرع على الجهة المعتبرة في فصلها وعلى أطراف النّزاع عند لجوئهم لها، ولا يمكن فصلها إلا بوجوده .

وعليه فإن أطراف الخصومة تنقسم إلى قسمين أساسيين هما: المتخاصم إليه وأعوانـه، والمختصمون وأعوانهم. ويتعدد المتخاصم إليه بتعدد أنواع الخصومة، فالخصـومة القضـائية بتعدد أنواعها يكون المختصم إليه فيها هو المباشر لفصل الخصومة، وهو الحاكم أو الـوالي أو من قلّده ولاية القضاء وفصل الخصومات، وهو القاضي ومن يقوم بمعاونته في هذه المهمة من كتّاب ومحضرين . أما الخصومة التحكيمية فإن من يختصم إليه فيها هو المحكّـم سـواء كـان شخصاً عادياً في الخصومة التحكيمية العادية أو العشائرية ، أو شخصا اعتباريا مثـل مؤسسـة تحكيمية أو كان محكمة دولية في الخصومة الدولية .

وليست هذه الدراسة معنية بالخوض في الجزئيات والفرعيات وبحث الشروط والصـفات التي يجب توافرها في كل من القاضي والمحكّم والمتخاصمين، فإنّه لا يوجد كتاب قضاء ولا فقه إلا وبحث هذه الشّروط تفصيلاً[١] .

وأما المختصمون ، فيمكن أن يقسموا إلى جهتين هما: جهة المدعين، وجهـة المـدعى عليهم. وقد ينفرد أويتعدد من اشتملت عليهم جهة من هذه الجهات، وكذلك فقد تتعدد نفس هـذه

---

(١) من أفضل من تعرض لذلك تفصيلاً وبحثاً الأستاذ الدكتور محمد نعيم ياسين في مؤلفه نظريـة الـدعوى، فبحث الشروط الواجب توافرها في المدعي والمدعى عليه وكيفية التمييز بينهما انظـر، ياسـين، **نظريـة الدعوى** ص١٧٥ وما بعدها.

الجهات، فتعددهم في نفس الجهة بأن يكون أكثر من مدعٍ متّحدين بالمطالبة بحقّ قبل أكثر مـن مدعى عليه متّحدين في هذا الحقّ، فهذا تعدد في جهة المدعي وفي جهة المدعى عليـه ، وقـد يكون أكثر من مدعٍ يطالب كل منهم الآخر بنفس الحقّ، فذلك تعدد في نفس الجهات، ومثال ذلك : لو اثنان ادعى كل واحد منهما أن دارا ملكاً له، وادعى ثلاثة أنّها ملكاً لمورثهما ، فإن الثّلاثـة المدعون بملكية الدار لمورثهم يشكّلون جهة ادعاء واحدة رغم تعددهم، وذلك لاتّحـاد طلـبهم، ويشكّل كل من المدعين الآخرين جهتي ادعاء مختلفتين، لأن ادعاء كل منهما مختلف عن ادعاء الآخر ، ولو أنّهما اتّحدا في طلبهما وادعيا ملكية الدار لهما مشتركين في سبب الملك لشكّلا جهة ادعاء واحدة تعدد مدعوها، وليس الفاصل في ذلك هو شكلية الادعاء ومن قام به أولاً، أو مـن اجتمع فيه ابتداء، إنّما الفاصل هل المدعون يدعى كل واحد منهم بصفة مستقلّة عـن بعضـهم البعض ، أم أن هناك نيابة، أو نيابة تبادلية فيما بينهم؟ وذلك كلـه بالنّسـبة لموضـوع النّـزاع وقابليته للتجزئة[1] .

كما أن تعدد المدعين أو المدعى عليهم قد يكون أصلياً منذ ابتداء الخصومة ، وقد يكون طارئاً بعد ابتدائها إما بالتدخّل أو الاختصام، وهذا ما سأقوم ببحثه لاحقاً في الفصل الأخير مـن هذه الأطروحة، وإن تعدد أطراف الخصومة سواء كان أصلياً أو طارئاً لا يـؤثّر علـى وحـدة الخصومة مهما اتّسع نطاقها سواء من حيث الموضوع أو الأطراف ما دام النّزاع واحداً[2] .

---

(١) المصري، سليم علي، **التدخل واختصام الغير بين أدب القضاء الإسلامي وقوانين أصول المحاكمات**، مطابع الدستور التجارية، ص٦٠

(٢) المصري، **التدخل واختصام الغير بين أدب القضاء الإسلامي وقوانين أصول المحاكمات** ، ص٦٠

المبحث الثالث

الخصومة، موضوعها وأنواعها ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: موضوع الخصومة، الحق

المطلب الثاني: أنواع الخصومة

النوع الأول: الخصومة القضائية

النوع الثاني: الخصومة التحكيمية

المطلب الأول:

موضوع الخصومة، الحقّ ، ويشتمل على فرعين:

الفرع الأول: الحقّ، تعريفه وأنواعه

الفرع الثاني: نشأة الحق

الفرع الأول

الحقّ، تعريفه وأنواعه

المسألة الأولى: تعريف الحق

الحق لغة : ضد الباطل ،وهو واحد الحقُوق ،وحاقه خاصمه، وادعى كل واحد منهما الحقّ فإذا غلبه قيل حقه، والتحاق التّخاصم، والاحتِقاقُ الاختصام[(١)] .

أما إصطلاحاً : فإن لكلمة الحقّ معنيين ، معنى مجرد من الإضافة، وهو أصل الحقّ غير المختص بأحد وهو ما سيأتي ذكره - إن شاء الله تعالى – في مبحث تقرير الحقوق . والمعنـى الآخر فهو الحقّ المضاف لأحد، أو المطلب الذي يجب لأحد على غيره، وهذا المعنى للحقّ هو موضوع دراستنا فهو موضوع الدعوى . وقد عرف الأستاذ مصطفى الزرقا هذا النّوع من الحقّ بأنّه: " اختصاص يقرر به الشّرع سلطةً أو تكليفاً"[(٢)].

---

(١) الرازي، محمد بن أبي بكر، (ت ٦٦٦هـ) . **مختار الصحاح**، دار القلم، بيروت، ج ١ ص ٦٢، باب حق.

(٢) الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**، دار الفكر، ج٣، ص١٠

وقد شرح الأستاذ تعريفه بأن الاختصاص: هو علاقة تشمل الحق المالي كاستحقاق الدين في الذمـة، والحـقّ الشّخصي (سلطة شخصية) كممارسة الولي ولايته والوكيل وكالته

- وهذه العلاقة لابد وأن تختص بشخص معين أو بفئة معينة حتى تكون حقاً؛ وعليه تخرج العلاقـات التـي لا اختصاص فيها وإنّما هي من قبيل الإباحات العامة كالاصطياد والاحتطاب .
- وإنّما اشترط إقرار الشّرع لهذا الاختصاص وما ينشأ عنه من سلطة أو تكليف، لأن نظرة الشّرع هو أسـاس الاعتبار.
- سلطة أو تكليفاً ؛ لأن الحقّ تارة يتضمن سلطة وتارة تكليفاً.
- والسلطة نوعان : سلطة على شخص كالولاية، وسلطة على شيء معين كالملكية .
- وأما التكليف فهو عهدة على إنسان. إما شخصية كقيام الأجير بعمله، وإما مالية كوفاء الدين.
- فالعطف بحرف (أو) في قولنا: "سلطةً أو تكليفاً" يفسح مجالاً لتوزيع موضوعي الحقّ وهما: (السلطة والتكليف) على موضعهما وهما: (الشخص والشيء) بحسب ما يناسب كلا منها، فالحقّ في الشيء هو سلطة لصاحبه عليه أبداً. والحقّ على الشّخص هو إما تكليف عملي أو مالي عليه، وإما سلطة لغيره.
- يشتمل هذا التعريف على حقوق الله تعالى كفروضه على عباده من صلاة وصيام . ويشمل الحقـوق الأدبيـة كحقّ الطاعة للوالد على الولد .

إن هذا التّعريف هو من أفضل ما عرف به الحقّ ولكن مع الأخذ بعين الاعتبار نظرية التعسف في استعمال الحقّ، والتي مفادها بأنّه:- ما من سلطة إلا ويقابلها تكليف بعدم التعسف في استخدام هذه السلطة(١). وعليه فإن الحقّ هو اختصاص يقرر به الشّرع سلطة وتكليفاً أو تكليفاً فقط .

المسألة الثانية: أنواع الحقّ:

قسم علماء الأصول الحقوق باعتبار عموم النّفع وخصوصه إلى عدة أقسام(٢): -

أولا:- حقوق الله الخالصة، كحد الزنا والردة، وأطلق عليها حقوق الله لما يتعلّق بها من النّفع العام للبشرية , فلا يختص بنفعها شخص بعينه, وإنّما هو عائد على مجموع الأفراد والجماعات, وإنّما ينسب هذا الحقّ إلى الله تعالى تعظيما؛ لأنّه تعالى يتعالى عن أن ينتفع بشيء ،فحرمة الزنا يتعلّق بها عموم النّفع في سلامة الأنساب, وصيانة الفراش، وارتفاع السيف بين العشائر بسبب التّنازع بين الزناة .

ثانيا:- حقوق العباد الخالصة، كملكية الأعيان والأموال، وأطلق عليها حقوق العباد الخالصة لما يتعلّق بها من النّفع الخاص لصاحب الحقّ لا يتعداه، فملكية عين من الأعيان لأحد الأفراد يختص هو بنفعها ولا يتعدى هذا النّفع لباقي الأفراد.

ثالثا:- ما اجتمع فيه الحقّان، كحد السرقة والقذف، والقِصاص.

-يخرج من هذا التّعريف الأعيان المملوكة؛ لأنّها أشياء مادية وليست اختصاصاً فيه سلطةً أو تكليفاً، أنظر: الزرقا، **المدخل الفقهي**، ج٣، ص١٠-١٢.

(١) الدريني، فتحي، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ط٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٧٧م، ص٣٧ وما بعدها

(٢) البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، (ت:٧٣٠هـ-١٣٣٠م). **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، دار الكتاب الإسلام، ج٤، ص١٣٦، ابن أمير الحاج، (ت:٨٧٩هـ). **التقرير والتحبير في شرح التحرير**، دار الكتب العلمية، ج٢، ص١٠٦

كما أن الحقوق تقسم باعتبار المالية وعدمها إلى[١] : -

حقوق مالية , تتعلّق بالأموال ومنها المنافع؛ لأنّها يطلق عليها المال مجازاً. وتنقسم إلى حقوق عينية: تتعلّق بعين من الأعيان حيث إن الأعيان المالية يمكن بيعها والاستعاضة عنها بمال . وحقوق شخصية: وهي كل حقّ مالي يتعلّق بالذّمة ، لا بعين بذاتها .

حقوق غير مالية , ولا تتعلّق بالأموال , ولا يجوز الاستعاضة عنها بمال , كالنسب والنكاح، وما يتعلّق بالأحوال الشّخصية.

تعريف الحقّ وأنواعه عند أهل القانون:

فرق أهل القانون بين تعريفهم للحقّ وتعريفهم للرخصة، فعرفوا الحقّ بأنّه : "مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون". وعرفوا الرخصة بأنّها :" مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة"[٢].

ويقسم الحقّ في الفقه الغربي المشتق من القانون الروماني، إلى شخصي، أو عيني. فالحقّ الشخصي أو الإلتزام هو: رابطة ما بين شخصين دائن ومدين بمقتضاها يطالب الدائن المدين بإعطاء شيء، أو القيام بعمل، أو بالامتناع عن عمل. والحقّ العيني هو سلطة يعطيها القانون لشخص على عين بالذّات[٣].

وبمقارنة مفهوم الحقّ عند أهل القانون المتمثّل بتعريفهم السابق له مع مفهومه وتعريفه في الشّريعة الإسلامية يتّضح لنا جلياً قُصور مفهومه عند أهل القانون؛ حيث إن تعريفهم للحقّ جاء غير جامع ولا مانع، فهو غير جامع من جهتين: أولهما: أنّه لم يشتمل على الحقوق التي ليس لها قيمة مالية، وهي الحقوق المحضة التي لا تُقدر بمال، كالنسب، وما يتعلّق بالأحوال الشّخصية. وثانيهما: أنّه لم يشتمل على أنواع من الحقوق ليس فيها مصلحة وهي الجانب المقابل للحقوق المنشئة للسلطة، وهي التكليف، فهو بذلك مقتصر على الحقوق المانحة للسلطة وخرجت منه الحقوق الموجبة تكليفًا ، وبذلك فإن ما اشتمل عليه من الحقوق المانحة للسلطة يكون قد

(١)وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، الكويت، ج١٨، ص٤٢

(٢) السنهوري، عبدالرزاق، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنه بالفقه الغربي**، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، ج١، ص٩.

(٣) المصدر نفسه، ج١، ص١٣.

شمله النّقص بعدم الأخذ بنظرية التعسف في استعمال الحقّ، حيث إن كلّ حقّ منشئاً سلطة يقابله تكليف بعدم الإساءة والتّعسف في استخدامه .

كما أن تعريفَهم للحقّ جاء غير مانع من جهة عدم منعه لدخول بعض المصالح التي لا تُعد حقوقًا، ومن هذه المصالح التي هي في الغالب مصالح موهومة: مصلحة الشخص في تحصيل الأرباح عن طريق الربا، فقد عد القانون الفائدة القانونية مصلحة لصاحب الحق، إلا أنها في الحقيقة مصلحة موهومة تضر بصاحب الحق أولا، فمخالفة شرع الله لا يكون فيه مصلحة قطعا، كما يضر بالطرف الآخر، ويضر كذلك بسائر المجتمع .

الفرع الثاني نشأة الحقوق

خلق الله -عز وجل- بني البشر لغاية أرادها، وقد أطلعنا عليها، وهي عمارة الأرض والخلافة فيها، فقال -عز وجل-:(**وإِذْ قالَ ربك لِلْملَائِكَةِ إِني جاعِلٌ فِي الْأَرضِ خَلِيفَةً قَالُوا أَتَجعلُ فِيها من يفْسِد فِيها ويسفِك الدماء ونَحن نُسبح بِحمدِك ونُقَدس لَك قَالَ إِني أَعلَم ما لَا تَعلَمون**) [(١)]؛ وذلك بتدبير شؤونها وفق إرادته ومشيئته- سبحانه وتعالى- فبين لعباده هذه المشيئة، والحالة التي أرادها لهذه المعمورة، فبين -عز وجل- القواعد العمومية التي أراد لهذه المعمورة أن تنضوي تحتها، وأولها: الإيمان به والتّسليم له بالألوهية والربوبية وما يستوجبه ذلك من مقتضيات إخلاص العبادة له وحده . وثانيها: إقامة العدل .

ولكن هاتين القاعدتين عظيمتان عِظَم مريدهما؛ فجاء التّفصيل والتّبيين من لدن العليم الخبير، فبعث -سبحانه وتعالى- الأنبياء والمرسلين منذ خلق الإنسان حاملين لأقوامهم الشّرائع الربانية التي ارتضاها لهم خالقهم، وكانت هذه الشّرائع تحمل العقيدة الصحيحة بجانب التّشريعات الربانية التي تحقق العدل بين ساكني المعمورة، إلى أن ختم -سبحانه وتعالى- هذه الرسالات برسالة خاتم الأنبياء والمرسلين محمد ﷺ فكانت خاتمة الرسالات، وكان ﷺ خاتم الأنبياء والمرسلين، فكانت هذه الرسالة جديرة بهذه الصفة التي شرفه الله بها فكانت مهيمنةً على الرسالات السابقة، باقية بقاء هذه المعمورة، حاملة بين جنبيها تعاليم مرسلها الصالحة لكلّ زمان ومكان إلى قيام الساعة، المتضمنة إلى جانب العقيدة الصحيحة التّشريعات الربانية التي أناط - سبحانه وتعالى- خليفته في الأرض مسؤولية تطبيقها، وجعل تطبيقها عبادة وقربة له تعالى. فقرر -سبحانه وتعالى- في هذه التّشريعات بالإضافة إلى طرق عبادته وشكره الحقوق

(١) سورة البقرة، الآية: ٣٠

والواجبات، وأناط ذلك كلّه بالتّكليف الشّرعي والذي مناطه العقل الذي وهبه -عز وجل- لمـن شاء من مخلوقاته، وقد فصل -عز وجل- في هذه الشريعة الأحكام الفقهية التـي يجـب علـى المكلّف التقيد بها، ورتب على مخالفته لها عواقب دنيوية وأخروية .

وبتقرير هذه الحقوق يولد الحقّ المجرد، وهو ما أطلق عليه الأستاذ مصـطفى الزرقـا- رحمه الله- الحقّ الخالي عن الإضافة، وهو كل ما أقره الشّرع . وقد عرف هـذا النّـوع بأنّـه :"مجموعة القواعد والنّصوص التشريعية، التي تنظّم على سبيل الإلزام علاقات النّاس من حيث الأشخاص والأموال". وهو قريب من مفهوم خطاب الشّارع المرادف لمعنى الحكم التكليفي فـي اصطلاح علماء أصول الفقه، أو لمعنى القانون في اصطلاح علماء القانون، وهذا المعنى للحـقّ هو المراد عندما نقول مبادئ مثلاً الحقوق المدنية، أو قواعد القانون المدني[١].

نشأة الحقّ في القانون الوضعي

أما نشأة الحقوق في القانون الوضعي فهو ثمرة من التّفكير الاجتماعي في الـرأي العـام البشري، النّاتج عن المعيشة المجتمعة المتولد عنها علاقات توجب وضع ضوابط وحدود لتلـك الأعمال والعلاقات. فمنذ القدم وبنو البشر يشكّلون جماعات تتكتل حول نفسها وتعـيش عيشـة مشتركة متعاونه، فالإنسان مدني بالطبع، أي لا بد له من الإجتماع الذي هـو المدينـة[٢]، فـإن حاجات الإنسان متنوعة ودائمة وهي تدفع أصحابها إلى التماسها من أحضان الطبيعة أو مما في حيازة الآخرين، فتتصادم الاحتياجات وتتعارض الإرادات والحريات في اكتساب ما يقوم بوفـاء تلك الحاجات، وكان ذلك في جميع المجتمعات، وكان ذلك مدعاة لوضع النّظام بجانب الحاجات، كي لا تطغى حاجة إنسان على حاجة غيره، ولا تصطدم حريته بحرية سـواه؛ فتـواردت آراء البشر منذ أقدم العصور على الإقرار بفكرة الحقّ، وتكون هذا الرأي العام البشري حول حرمتها والاحتجاج بها، وقد تسلسل ذلك وازداد عبر الدهور بنمو الإدراك الاجتماعي، وبتوسع الحيـاة المدنية. وإن تفاوت عقول البشر ومداركهم وأعرافهم وحاجاتهم في تحديد جزئيات هذا المفهـوم الكلي للحقّ ، وتعيين مواقعه، ورسم طرقه، كما يتفاوت خضوعهم لحرمة الحقّ وقدسيته. وهـذا الاختلاف في تعيين مواقع الحقوق وفي حرمتها كان من أعظم الأسباب التي منعت البشـرية أن

---

(١) الزرقا، **المدخل الفقهي**، ج٣، ص٩.

(٢) ابن خلدون، عبدالرحمن، **مقدمة ابن خلدون**، ط١، تحقيق: حامد أحمد الطاهر، دار الفجر للتراث، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٦٥

تعيش في نعيم مطمئن بعد اتّفاقهم على فكرة الحقّ فأخذت كل جماعة أو مجتمع بوضع الدساتير والقوانين الخاصة بها[١] .

فالقانون هو: "مجموعة القواعد التي تنظّم العيش في جماعة، والتي يجب على الجميع احترامها احتراماً تكفلّه السلطة العامة بالقوة عند الضرورة". وهو ما يطلق عليه بالفرنسية(droit) ولهذه الكلمة معنى آخر بالفرنسية وهو الحق .

كان ذلك تعريف القانون بمعناه العام. ولكن كثيراً ما يضاف لهذا المعنى صفة تُضيق معناه مثل قولنا: القانون المدني، أو القانون الجنائي، فبهذا التّخصيص لم نقصد مجموعة القواعد التي تنظّم العيش في جماعة، وإنّما قصدنا مجموعة القواعد التي تنظّم المعاملات المالية بين أفراد الجماعة أو القواعد التي تنظّم أمور الجريمة والعقاب[٢].

وتعد القاعدة القانونية هي الوحدة الصغرى لبناء القانون،والتي يفرق أهل القانون بينها وبين القاعدة الدينية ، والقاعدة الأخلاقية[٣]. وعلى ضوء ما سبق من تعريف القانون يتبين أن القاعدة القانونية التي هي مفرد القانون وجزئيته تتميز بالخصائص التّالية[٤]:

١. لا توجد إلا إذا وجدت الجماعة، لأن الغاية منها هي تنظيم العيش في جماعة.
٢. بأنّها قاعدة مجردة ، لأنّها تسري على كل من تتوافر فيه شروط انطباقها عليه من أفراد المجتمع كافة، دون تحديد لذاتية من تسري عليه، فهي ليست موضوعة لتسري على شخص بعينه ولا على واقعة بذاتها، وبذلك فهي مجردة عن الأشخاص والوقائع ،ويستلزم تجريدها أنّها قاعدة عامة فهي في تجردها عن الأشخاص والوقائع تعم النّاس كلهم لتسري على جميع من يخضع منهم لحكمها، ولا تختص بفرد معين بذاته، ومن هنا درج فقهاء القانون بالقول بأن القاعدة القانونية تتميز بأنّها قاعدة عامة ومجردة ، رغم تقارب الوصفين إلى حد تَوحدهما. ولا يعني عموم القاعدة أن تسري في وقت معين على كل أفراد المجتمع، وإنّما أن تتضمن خطاباً موجهاً لأفراد المجتمع كافّة، يحتم انطباقها على كل واحد منهم تتوافر فيه الشّروط التي تستلزمها هي بذاتها لسريانها. وسواء بعد ذلك أن يكون من شأن استلزام هذه

---

(١) الزرقا، **المدخل الفقهي**، ج٣، ص٧-٩ .

(٢) عبد الباقي، عبدالفتاح، **نظرية القانون**، مطبعة نهضة مصر، ط:٥ ، ١٩٦٦، ص٨

(٣) -الأخلاق: مجموعة أفكار النّاس عن الخير والشر، التي تعبر عن ضمير الجماعة في عصر من العصور.
-قواعد الأخلاق: تلك التي تفرضها الجماعة على أفرادها؛ تحقيقا للخير وتجنّبا للشّر، والتي يستلزم عدم احترامها سخط المجتمع وازدراءه لمخالفيها انظر: **نظرية القانون**، عبدالفتاح ص٢٠

(٤) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص١١-١٨

الشّروط أن تسري في وقت محدد على كل النّاس أم طائفه معينة منهم أم حتى على فرد واحد منهم .

٣. أنّها تحكم السلوك الخارجي للإنسان، فهي لا تعنى بمجرد المشاعر والأحاسيس التي لا تخرج عن حيز النّفس أو النّية أو الضمير، أي أن القانون لا يحاسب الإنسان على نيته إذا لم تتبلور النّية إلى فعل ظاهر، فإن حصل تدخّل القانون مع اعتباره محدداً للنّية، ومثال ذلك كره إنسان لآخر فإن القانون لا يتدخّل ما دام هذا الشّعور حبيس النّفس، أما إذا تبلور هذا الشّعور إلى فعل كالضرب أو الشتْم أو القتل تدخّل القانون مع الأخذ بالنّية التي أهملها ابتداء باعتبارها عنصراً من عناصر الجريمة .

٤. تتميز القاعدة القانونية بأنّها ملزمة من ناحية أن السلطة العامة تكفل احترامها، ولكي يتوافر لها الإلزام لا بد أن تقترن بالجزاء. وإن هذا الجزاء دنيوي لا أخروي[1].

وباستعراضنا لخصائص ومميزات القاعدة القانونية التي تشكّل بمجموعها القانون، يتّضح أن التّشريع الإسلامي هو أوسع من القانون، حيث إنّه يتضمن بالإضافة للأحكام أو القواعد التي تنظّم علاقة الفرد بغيره من الأفراد، ما سماه أهل القانون بقواعد الأخلاق وأوامر الدين، حيث إن خصائص القاعدة القانونية تتوافر بالأحكام الشّرعية، أو بما يمكن تسميته بالقاعدة الشّرعية، ومثال ذلك، قوله تعالى: (**والسارقُ والسارقةُ فاقْطَعوا أَيديهما جزاء بما كسبا نكالًا من الله والله عزيز حكيم**)[2]. فهذا النص القرآني عبارة عن حكم شرعي، يوازي القاعدة القانونية بمفهوم أهل القانون لاشتماله على جميع خصائص القاعدة القانونية عندهم وذلك كما يلي:

١. فهذا النّص ينظّم حياة الفرد ضمن الجماعة، فالسارق لا يكون كذلك إلا بوجود المسروق منه، وبوجودهما ضمن الجماعة.

٢. وهي قاعدة مجردة عامة ، غير مختصة بسارق بعينه ولا بواقعة سرقة بذاتها، وهي عامة أي موجهة لجميع أفراد المجتمع ممن ينطبق عليه وصف السرقة .

٣. وكذلك فهو نص يحكم السلوك الخارجي للإنسان، فإن قطع اليد لا يكون بمجرد اتجاه نية السارق لفعل السرقة ، فما لم تتبلور النّية إلى فعل فلن تتشكّل جريمة السرقة، بل إن رجوعه عن نيته مما يحصل به الأجر والثواب بدلاً من العقاب والجزاء، أما إذا وقع فعل يدلّ على السرقة فإنّه لا بد من التحقق من نية الفاعل لإلحاق الجزاء به، وقد تعامل الفقهاء بدقّة مع هذا الأمر فاشترطوا لتحقق جريمة السرقة أن يكون المسروق من حرز معتبر، فكون

---

(١) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص١٨

(٢) سورة المائدة، الآية:٣٨

المسروق من حرز معتبر يدلّ على نية الجاني للسرقة ، وبذلك فإنّه لا يؤخذ بالنيات ابتـداء ما لم تشكّل فعلاً ظاهراً ، وإذا حصل فيؤخذ بها لتكييف الفعل الظاهر والجزاء عليه.

٤. كما أن هذه القاعدة المستفادة من النّص القرآني هي قاعدة ملزمة من وجهين، أولهما: تحريم السرقة واعتبارها جريمة تستلزم العقاب على جميع من يقترفها . ثانيهما: مخاطبة السـلطة صاحبة الاختصاص بتنفيذ العقوبة وهي قطع اليد.

إضافة إلى أن التّشريع الإسلامي قد ضم ما استثناه أهل القانون من القواعـد القانونيـة المكونة للقانون وهي قواعد الأخلاق وأوامر الدين، فيقول تعالى في معرض مدحـه لنبيـه ﷺ: "**وإنك لعلى خُلُقٍ عظِـيمٍ**"[(١)] ويقول ﷺ :" " إنّما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق"[(٢)]. وبذلك فقد عمـل التّشريع الإسلامي على صهر القواعد الأخلاقية مع القواعد القانونية منتجـاً تشـريعاً إلهيـاً لا يضاهى، و بذلك يفند ما استند إليه أهل القانون في التمييز بينهما، من أن قواعد الأخلاق غيـر واضحة الوجود أو ظاهرة المعالم، فبتبيينها من قبل المشرع تزول الحجة ، أما إن كان اعتمادهم في التّفرقة على المصدر بأن مصدر القاعدة القانونية هو القـانون ومصـدر الأوامـر الدينيـة والأخلاقية هو الله -عز وجل- فإن هذا التمييز غير عملي ولا ينفي عن هذه الأوامر اشـتمالها على الخصائص التي وضعوها للقاعدة القانونية.

وأما إن كان التمييز على أساس عدم وجود الإلزام فـي الأوامـر الدينيـة والأخلاقيـة والمتمثّل بالجزاء، فإن مجال الخلاف يضيق إلى بضعة قليلة من الأوامر الدينية التي خلت مـن الجزاء الدنيوي، رغم وجود الجزاء الأخروي، مثل جزاء الكذب أو عدم الوفاء بالعهود.

إنّما أوردت هذا المبحث لأبين أن الخلاف بين الشّريعة الإسلامية والقانون الوضعي ليس خلافاً في المسمى، فقد بينا أن التّشريع الإسلامي يمكن تسميته بالقانون الإسلامي بمعناه الشـامل الأوسع من معنى القانون عند أهله، بحيث كلاهما يشتمل على قواعد لهـا نفـس الخصـائص والمميزات، وليس الأمر متوقّفاً على مسألة شكلية وهي إدراج المسائل الفقهية ضمن مواد تشكّل كل مجموعة منها قانوناً لنظام معين من أنظمة الحياة كالقانون الدستوري لنظام الحكم، والقانون الجنائي لنظام الجريمة والعقوبة، والقانون المدني لنظام التعاملات، وقانون الأحوال الشّخصـية لنظام الأسرة، وقوانين أصول المحاكمات أو المرافعات لأنظمة التّقاضـي، وقـانون العلاقـات

---

(١) سورة القلم، الآية: ٤

(٢) الأصبحي، مالك بن أنس، (ت١٧٩هـ). **الموطأ**، اعتنى به حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، لبنـان، ٢٠٠٤م، كتاب الأخلاق، حديث رقم ٣٨٧٠ /ص٥٤٦/٥٤٧ بلفظ:"بعثت لأتمم حسن الأخلاق" مسند أحمـد بن حنبل صححه شعيب الأرنؤوط.

الدولية لنظام تعامل الدول وغيرها، حيث إنه قد حصل هذا بالفعل فقد نظّمت المسـائل الفقهيـة المتعلّقة بالمعاملات والتّقاضي ضمن مواد بما عرف بمجلّة الأحكام العدلية[١]، وكـذلك مسـائل الأحوال الشّخصية بمؤلف لمحمد قدري باشا الأحكام الشّرعية في الأحوال الشّخصـية، وكـذلك قانون العدل والإنصاف إلى مسائل الأوقاف، ولكن الفارق الأساسي بـين التّشـريع الإسـلامي والقانون الوضعي الذي لا يمكن تقاربهما فيه ،هو مصادر استقاء كل واحد منهما متمثّلـة فـي مصادر إيجاد القواعد المكونة لكلّ واحد منهما، والجزاء المترتّب على الحمل على الإلزامية .

فالتّشريع الإسلامي يعتمد مصادره المعتبرة التي تضفي عليـه الصـبغة الإلهيـة ، وأن أحكامه هي بيان لإرادة الله -عز وجل- ، أما مصادر استقاء القواعد في القانون الوضعي فهـي مختلفة ومعتمدة على البشر وتجاربهم الحياتية وعقولهم المحدودة .

مصادر الأحكام الشّرعية والقواعد القانونية:

والمقصود كيفية نشوء هذه القواعد والتي سبق وبينا بأنّها لا بـد مـن أن تتكـون مـن عنصرين حتى تشكّل قاعدة. أولهما: تنظيم علاقة فرد بجماعة في القانون، أما في الشّريعة فهي أوسع من ذلك لاشتمالها على تنظيم علاقة الفرد بربه وبنفسه إضافة إلى تنظـيم علاقتـه مـع الجماعة. وثانيهما: عنصر الإلزام والذي بدونه تصبح المسألة مجرد إخبـار بقالـب النّصـيحة والذي يتولّى الإلزام هو الدولة[٢].

ومن المعروف أن مصادر الأحكام الشّرعية، أو القواعد الشّرعية هو الله -عز وجـل- فهو وحده المشرع ، وهو صاحب الإرادة واجبة التّطبيق، وتكـون معرفـة إرادتـه ومشـيئته بالوسائل الموصلة لذلك والتي أقرتها الشّريعة الإسلامية، وهي وسائل استنباط الأحكام الشـرعية من أدلتها التفصيلية[٣].

---

(١) وهي عبارة عن مجموعة من المواد التي اشتملت على المعاملات، والأقضية ، بما هو الراجح من المذهب الحنفي، بما يوازي القانون المدني .

(٢) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص١٣٨

(٣) والمصادر المجمع عليها هي: الكتاب والسنّة والإجماع، رغم الاتّفاق على أن الإجماع مصدر منهـا، تـم الاختلاف في كيفيته، ذهب فريق إلى أن الإجماع هو إجماع الأمة، وذهب فريق إلى أن الإجماع المعتبر هو إجماع الصحابه؛ لكونه ينُم عن دليل، بحكم قربهم منه ﷺ فمعرفتهم لحكم المسألة من النبي ﷺ وهو مصـدر

أما المصادر التي يستمد القانون منها قواعده القانونية فهي في معظم بلادنا العربية تشتمل على التّشريع -والمقصود به التشريع الوضعي- والعرف، ومبادئ الشّريعة الإسلامية، ومبـادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، وليس لهذه المصادر درجة واحدة من الأهمية، حيث أن التّشريع هو المصدر الأساسي في حين أن باقي المصادر هي مصادر ثانوية احتياطية لا يلجأ لها إلا إذا سكت التّشريع عن حكم النّزاع، وقد اعتمدت الدول العربية المصادر الثلاثة الأولى مرتّبة، بحيث إن لم يوجد تشريع في الواقعة المعروضة على القاضي، فعليه استنباط حكمها من العرف، فـإن لم يوجد في العرف فيستنبط حكمها من مبادئ الشّريعة الإسلامية، ولا يجوز له استنباطها مـن الأحكام الفقهية التفصيلية، وإنّما من المبادئ العامة فقط[١] .

شبهة :

ومفاد الشّبهة أن التّشريع الإسلامي ليس خالصاً من وجود التّشـريع الوضـعي ، وذلـك متمثّلا بمصدره وهو الإجماع، فإن إجماع الأمة على حكم يجعل منه قاعدة شرعية، وبذلك فـإن المصدر الذي نشأت منه هذه القاعدة هو البشر، وبذالك فهم مصدر من مصادر التّشريع موازية لباقي المصادر الكاشفة عن إرادة الله .

الرد على الشبهة:

كما سبق و بيانه فإن مسألة الإجماع مختلف فيها، فبينما يرى فريق أن الإجماع هو إجماع الأمة، يرى فريق آخر أن الإجماع هو إجماع الصحابة؛ كونه ينم عن معرفتهم لدليل في المسألة لمعاصرتهم للنّبي ﷺ . وعلى ما ذهب إليه الفريق الثّاني فإن هذه الشّبهة واجبة الرد، حيـث إن مآل الإجماع هو الكشف عن إرادته -سبحانه وتعالى- .

وعلى القول الأول فإن المسألة فرضية لا أساس لها في الواقع ،فإنّه لم يحصـل إجمـاع الأمة ولا على مسألة واحدة، وكذلك فإن أمر إجماعها غير متصور، لعدم وجود آلية لذلك .

موصل لمعرفة إرادته تعالى وليس الإجماع بحد ذاته هو المصدر، ومصادر أخرى مختلف فيهـا وهـي: القياس، العرف، والاستصحاب والاستحسان والمصالح المرسلة وعمل أهل المدينة.

(١) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص١٤١

مقارنة بين الشّريعة الإسلامية والقانون:

نلاحظ الفرق بين الشّريعة الإسلامية والقانون الوضعي من حيث تقرير الحقوق، وضمانة تنفيذها بفرض الرقابة الدينية .

فالحقوق في الشّريعة الإسلامية منحة من الله -عز وجل-، وهو الذي يقرر هذه الحقوق، وله الفضل على عبادة من ناحيتين، أولها: تقرير هذه الحقوق ومنحها للعباد. وثانيهمـا: تبيـين وتفصيل هذه الحقوق من خلال الشّرائع وربط الأحكام الشرعية بها، فحقيقة الأحكام التكليفية إما سلطة لشخص تتضمن منحه بعض الحقوق؛ كحكم زواج البكر بولي فهو حقّ يتضمن سلطة لهذا الولي، وكحكم ولاية الأب أو الجد على الصغار فهو حقّ يتضمن سلطة مالية علـيهم. وإمـا أن تتضمن تكليفاً للمكلفين ويقابل هذا التكليف حقاً أو سلطة لجهة أخرى ؛ ففي المثال السابق فـإن البكر مكلّفة بعدم الزواج دون ولي، ويقابله سلطة الولي في تزويج البكر .

أما القوانين الوضعية فإن الحقوق فيها يقررها البشر من خلال ما يسمى منظومة القواعد الاجتماعية، التي أجمع على انتظام أمور المجتمعات بها منذ القدم، والتي تطورت لأنظمة أخرى انتهت بنظام الديمقراطية الذي يعني حكم الشّعب بالشّعب ، فالشّعب هو الذي يسن القوانين لنفسه عن طريق السلطة التشريعية المتمثّلة في مجالس الشيوخ أو النّواب أو ما يشاكلها من مسـميات حتى ولو سميت بمجالس الشّورى، فإن عمل مجلس الشّورى في الشّريعة الإسلامية هو مشاورة أهل الخبرة والاختصاص والرأي في السبل المثلى لتطبيق أحكام الشّرع لا في إيجاد تشريعات .

كما أن الشّريعة الإسلامية تميزت عن القوانين الوضعية بربطها تطبيق تنفيـذ الحقـوق المقررة بالثّواب والعقاب من الله -عز وجل-، وهي عملية رقابة ربانية تتبلور برقابـة ذاتيـة، ينتج عنها ضمانة تحقيق العدل، وعدم التحايل على القوانين والأحكام .

أما القوانين الوضعية فقد خلت من هذه الرقابة الضرورية لتحقيق العدالة، ومنع النّاس من التحايل على القوانين، فإن أي قانون مهما تكن عظمته وذكاء واضعيه لا يخلو من وجود ثغرات وطرق تتيح لمن تعمق في فَهمه التحايلَ عليه .

المطلب الثاني

أنـــواع الخصومـــة

تم في المبحث الأول تعريف الخصومة بمفهومها العام المشتمل لجميع أنواعها، ورغـم أن الخصومة تتنوع لعدة أنواع، منها: خصومة بالحقّ العام، وأخرى بالحقّ الخاص، وخصـومة إدارية، وخصومة تحكيمية والخصومة الدولية، والعشائرية.

إلا أنّه يمكن استنباط ضابط يجعل الخصومة تنقسم إلى نوعين رئيسين، وذلك تبعا لسلطة كل منهما في فصل الخصومة، وهما الخصومة القضائية، والخصومة التحكيمية، فالأولى مستمدة سلطتها على أطرافها من سلطة الدولة، فهي سلطة ذاتية في القضاء، أما الخصـومة التحكيميـة فليس لها سلطة ذاتية على أطرافها في فصل الخصومة وإنما مستمدة سلطتها من إرداة أطرافها، وعليه فسأفرد لكل واحدة منهما مطلباً خاصاً.

النوع الأول: الخصومة القضائية

النوع الثاني: الخصومة التحكيمية

النوع الأول

الخصومة القضائية، وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريفها ومشروعيتها

المسألة الثانية: طبيعتها

المسألة الثالثة: أنواعها

أولاً: خصومة بالحقّ الخاص

ثانياً : خصومة بالحقّ العام

ثالثاً: خصومة إدارية

المسألة الأولى

الخصومة القضائية: تعريفها ومشروعيتها

أولاً: تعريف الخصومة القضائية في الشّريعة الإسلامية:

تردد مصطلح الخصومة في كتب الفقه الإسلامي، وقد استخدم الفقهاء هـذا المصـطلح للدلالة على مدلولين: أولهما: للدلالة على الحالة الناشئة أو الحادثة عند اللجوء للقضـاء لفـض النّزاع. وثانيهما: للدلالة على نفس الإجراءات المترتبة على اللجوء للقضاء .

المدلول الأول: الحالة الناشئة أو الحادثة

وبإرادة هذا المعنى تبادل الفقهاء في بعـض الأحيـان اسـتخدام مصـطلحي الـدعوى والخصومة لنفس المعنى[1]؛ من قبيل إطلاق السبب على المسبب، أو إطلاقاً لاسم الجزء علـى الكل[2]; لأن الدعوى هي جزء من الخصومة، فهي إجراء من إجراءاتها، وهي أول إجراء فيها، فهي المنشئة للخصومة، والخصومة ناشئة عن الدعوى.

ومن النصوص على هذا المدلول: يقول ابن نجيم: "أما كون الحكم حادثة فاحتراز عما لم يحدث بعد، كما لو حكم بموجب إجارة لا يكون حكماً بالفسخ بموت أحد المتآجرين، وكمـا لـو حكم بموجب بيع عقار لا يكون حكماً باستحقاق شفعة الجوار; لأنّه لم توجد فيه خصومة. وأمـا الخصومة الصحيحة فهي الدعوى المشتملة على شروط الصحة. وأن اشـتراط تقـدم الـدعوى والحادثة مجمع عليه[3] . وجاء في كتاب رد المحتار نقلاً عن ابن الغرس: "والمـراد بالقضـية الحادثة التي يقع فيها التّخاصم كدعوى بيع مثلاً"[4]، فورد فيه التخاصم والدعوى وهمـا بـنفس المعنى وهو صيرورة القضية حادثة باللجوء للقضاء.

---

(١) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٤

(٢) الحموي، **غمز عيون البصائر**، ج٢، ص٢٣١

(٣) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص١١

(٤) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت:١٢٥٢). **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنـوير الأبصـار**، دار الكتب العلمية ، بيروت، ج٥، ص٣٥٣

ومن الدقّة أن الفقهاء لم يجعلوا كل لجوء للقضاء ينشئ أو يحدث خصومة، فعنوا وجـود الخصومة الحقيقية، بأن يكون المدعي والمدعى عليه صاحبا صفة في الدعوى وبينهما منازعـة فعلية، وليست ادعاءات صورية من المدعي، أو أن المدعى عليه ليس صاحب صفة، وبالتـالي فهو غير منازع للمدعي، وعليه فلا خصومة حقيقية، فتجدهم أحيانا يعنون بالخصومة، صـاحب الصفة في الدعوى، فإن لم يكن صاحب صفة، تجدهم ينفون وجود الخصومة.

المدلول الثاني: الإجراءات

كما أن الفقهاء استخدموا مصطلح الخصومة للدلالة على ذات الإجراءات المترتّبـة علـى اللجوء للقضاء بدعوى صحيحة ، من جواب ويمين ونكول وبينة ، يقول الهيتمـي : " ومـدار الخصومة على خمسة: الدعوى والجواب واليمين والنّكول والبينة"[(١)].

وقد تكررت نفس العبارة عند الكثير من الفقهاء[(٢)]، وقد ذكر صاحب حاشية الجمل نفـس العبارة، وأضاف: "ففي جانب المدعي اثنان منها وهما الدعوى والبينة، وفي جانب المدعى عليه ثلاثة: الجواب، واليمين، والنّكول"[(٣)].

ويقول صاحب الهداية: "والخصومة شرط الظهور عند القاضي"[(٤)]. أي أن مـا تحتويـه الخصومة من إجراءات وهي الدعوى والجواب والإثبات هي التي تظهر الحقّ للقاضي لـيحكم وفقه .

ويقول صاحب فتح القدير إن فصل الخطاب الشهود والأيمان؛ لأنّها إنّما تنقطع الخصومة بهذا[(١)].

---

(١) الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ج١٠، ص٢٨٦،

(٢) انظر: البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، (ت:١٢٢١هـ). **حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، المعروف بالتجريد لنفع العبيد**، ط١، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٩٦، ج٤،ص٣٩٤، وانظر: الرملـي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٨، ص٣٣٤

(٣) الجمل، سليمان، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح المنهاج المعروف (حاشية الجمل)**، دار الفكر، بيـروت، ج٥، ص٤٠٨

(٤) المرغناني، برهان الدين علي, **الهداية شرح بداية المبتدي**, ط٣, دار الكتب العلميـة, القـاهره , ٥٩٣هـ ، ج١، ص٣٦٩

كما أنّهم استخدموا مصطلحات موازية لمصطلح الخصومة مثل: مصطلح الحكومة[٢]، ومثل مصطلح المرافعة والمدافعة[٣]. فيقول ابن القيم :"فإن ظهر عناده ومدافعته للحاكم لم يضرب له أمداً , بل يفصل الحكومة"[٤] والمقصود هنا بفصل الحكومة هو فصل الخصومة .

وقد عرف علي حيدر الخصومة وفق المدلول الثاني بأنها: " جواب الْخَصْمِ بِالْإِقْرارِ أَو الْإِنْكار"[٥].

كما أن الفقهاء أرادوا بمصطلح الخصومة كل ما يحدث في مجلس القضاء من إجراءات[٦]، جاء في كشف الأسرار: ولأن مجلس القضاء مجلس الخصومة فما يجري فيه يسمى خصومة مجازاً، وهذا لا يوجد في غير مجلس القضاء. وصرف إلى جواب الخصم مجازاً; لأن جواب الخصم لا يتحقق إلا في مجلس الخصومة على ما ذكرنا[٧] .

ومن خلال المدلولين المستخدمين من قبل الفقهاء لمصطلح الخصومة، يمكن استنباط التعريف التالي للخصومة القضائية في الشّريعة الإسلامية: **(مجموع الإجراءات المؤدية لظهور الحق لدى الجهة صاحبة السلطة الذّاتية، الملتجأ إليها لحسم النزاع وفقه).** وبذلك يكون التّعريف قد اشتمل على الإجراءات وكذلك على الحالة الناشئة أو الحادثة باللجوء للجهة المعتبرة، وهي صاحبة السلطة الذاتية أي القضاء.

تم شرح معظم مفردات التّعريف عند تعريف الخصومة بمفهومها العام[٨]، وزاد هذا التّعريف الجهة صاحبة السلطة الذاتية، حيث إن السلطة في فصل الخصومة على الخصوم في الخصومة القضائية مستمدة من سيادة الدولة والتي مظهرها القضاء؛ لأن سلطة القضاء جبر فكان لا بد من سلطة يكون لها من القوة ما يجعل أحكامها نافذة على المحكوم عليهم بمختلف فئاتهم وطبقاتهم، لذلك كانت سلطة القضاء بيد الحاكم الأعظم، لأنّه صاحب القوة والقدرة على

---

(١) ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد الإسكندري السيواسي، (ت:٨٦١هـ). **فتح القدير (شرح الهداية)**، دار الفكر، ج٤، ص٤٢٥

(٢) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٢٦٣

(٣) المرتضى، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، ج٦، ص١٣٣

(٤) ابن القيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج١، ص٨٧

(٥) حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الاحكام**، ج٣، ص٦٣٢

(٦) السرخسي، **المبسوط**، دار المعرفة، ج٩، ص٦

(٧) البخاري، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج**٢، ص٨٩

(٨) أنظر: ص١٧ من هذه الأطروحة

تنفيذ الأوامر على الرعية[١]، فالقضاء مستمد سلطته على الخصوم من سلطة الدولـة، فسـلطته ذاتية، ولم يستمدها من الخصوم أنفسهم .

تعريف الخصومة عند أهل القانون :

عرف فقهاء القانون الخصومة تعريفاً بسيطاً عملوا على تطويره تدريجياً، فقـد عرفـوا الخصومة بداية بأنّها: (النّزاع عندما يعرض على القضاء) [٢]. كما أن الخصومة تطلـق علـى النّزاع في ذاته، فتعرف بأنّها: (الحالة القانونية التي تنشأ مـن حـين عـرض النّـزاع علـى القضاء)[٣]. كما تطلق على النّزاع في مظهره، فالخصومة تظهر في صورة سلسلة من الأعمال المختلفة يوجب القانون القيام بها لتصل الخصومة إلى نهايتها، وبذلك عرفهـا كيوفنـدا بأنّهـا: (مجموعة الأعمال المرتبطة بغرض تطبيق إرادة القانون في حالة معينة بالنّسبة إلى ما يـدعى حماية القانون له بواسطة أعضاء من القضاء العادي)[٤]. وعرف الأستاذ الفريد روكد الخصومة المدنية بأنّها: (الوظيفة القضائية المدنية في دور استعمالها) [٥].

كما عرفت بأنّها:(الحالة القانونية التي تنشأ منذ رفع الدعوى إلى القضاء). أو (سلسـلة الأعمال المختلفة التي تبدأ برفع الدعوى، والتي يوجب القانون القيـام بهـا لتحقيـق الحمايـة القضائية). أو (مجموعة الأعمال التي ترمي إلى تطبيق القانون فـي حالـة معينـة بواسـطة القضاء). فالخصومة هي أداة تطبيق القانون بواسطة القضاء وبعبارة أخرى أداة تحقيق الحمايـة القضائية[٦].

وعرفت بأنّها: (مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة يقوم بها الخصوم أو ممثّلوهم والقاضي وأعوانه وفقاً لنظام معين يرسمه قانون المرافعات تبدأ بالمطالبـة القضـائية وتسـير

---

(١) الدوري، قحطان عبدالرحمن، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، ط١، دار الفرقان، عمان، ٢٠٠٢، ص٢٧

(٢) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي** ، ص٦

(٣) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي** ، ص٦

(٤) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي** ، ص٦

(٥) والي **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٥٨٤

(٦) والي **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٥٨٤

بغرض الحصول على حكم في الموضوع) [١].

ثم أخذت تعريفات فقهاء القانون للخصومة تتشعب وتكثر لدرجة المبالغة حتى وصلت إلى مرحلة التّداخل والخلط بين تعريف الخصومة وبين طبيعتها، إلا أنّه يمكن تنظيم هذه التّعريفات وتجميعها بثلاثة اتجاهات :-

- **الاتجاه الأول**: من عرفها بأنّها الحالة الناشئة أو الحادثة باللجوء للقضاء ومنها: (الحالة القانونية التي تنشأ من حين عرض النّزاع على القضاء)[٢]. أو(الحالة القانونية التي تنشأ منذ رفع الدعوى إلى القضاء) [٣].

- **الاتجاه الثاني**: من عرفها بالإجراءات، ومنها: (مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة يقوم بها الخصوم أو ممثّلوهم والقاضي وأعوانه وفقاً لنظام معين يرسمه قانون المرافعات تبدأ بالمطالبة القضائية وتسير بغرض الحصول على حكم في الموضوع) [٤].

-**الاتجاه الثالث**: من عرفها بأنها أداة القانون في تحقيق الحماية القضائية، ومنها: (فالخصومة هي أداة تطبيق القانون بواسطة القضاء وبعبارة أخرى أداة تحقيق الحماية القضائية)[٥].ومنها تعريفي الأستاذين كيوفندا والفريد روكد السابقين[٦].

رأي الباحث :

يمكن الملاحظة أن تعريف الخصومة في الشّريعة الإسلامية هو تعريف جامع مانع، إضافة لمراعاته النّظر إلى الخصومة من وجهتها النّظرية والعملية. فالأول كونها ناشئة أو حادثة بعرض النّزاع على القضاء، وبذلك يسمى طرفا النّزاع خصمين ، وبينهما خصومة قضائية ، والعملية باشتمالها على الإجراءات والأعمال المترتّبة على أطرافها.

(١) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٢٠٦
(٢) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي** ، ص٦
(٣) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٥٨٤
(٤) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٢٠٦
(٥) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٥٨٤
(٦) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي** ، ص٦

أما من ناحية أنّه جامع مانع ، فإنّه جامع لجميع أنواع الخصومة القضائية بحقيقتهـا لا بتسميتها، فإنّه قد يطلق مصطلح قضاء على مؤسسات وجهات عملها ليس قضائياً وإنّما تحكيم أو غيره، ففرز التّعريف الحد الفاصل بين القضاء وإن لم يسم باسمه وبين التحكيم وإن أطلق عليـه قضاء، وهو اختلاف كل منهما بماهية سلطته في حسم النّزاع، فهي في القضـاء ذاتيـة ليسـت مستمدة من أطراف النّزاع ، خلافاً لها في التحكيم. فهو بذلك جامع لجميع مـا ينـدرج تحـت القضاء ومانع لما يندرج تحت غيره.

ثانياً: مشروعية الخصومة القضائية في الشّريعة الإسلامية:

وهي مستمدة مشروعيتها من الكتاب والسنّة والإجماع، ففي الكتاب آيات كثيرة منها:

قوله تعالى: {**وشَددنَا ملكه وآتَيناه الحِكْمةَ وفَصلَ الْخِطَابِ** }[١]. وفصل الخطـاب قيـل فصل القضاء. وقول الله تعالى : {**يا داوود إِنا جعلْنَاك خَلِيفَةً فِي الْأَرضِ فَـاحكُم بـين النـاس بِالْحق ولَا تَتبِعِ الْهوى فَيضلك عن سبِيلِ اللهِ إِن الَّذين يضلون عن سبِيلِ اللهِ لَهم عذَاب شَدِيد بِما نَسوا يوم الْحِساب** }[٢]. وقول الله تعالى : {**وأَن احكُم بينَهم بِما أَنْزلَ الله ولَا تَتبِع أَهواءهم واحذَرهم أَن يفْتنُوك عن بعضِ ما أَنْزلَ الله إِلَيك فَإِن تَولوا فَاعلَم أَنما يرِيد اللـه أَن يصِـيبهم بِبعضِ ذُنُوبِهم وإِن كَثيرا مِن الناس لَفَاسِقُون** }[٣] . وقوله تعالى : { **فَلَا وربك لَا يؤْمِنُون حتى يحكِّموك فِيما شَجر بينَهم ثُم لَا يجِدوا فِي أَنْفُسِهم حرجا مِما قَضيتَ ويسلِّموا تَسلِيما** }[٤]. فكلها آيات صريحة في الحظ على الحكم بين الناس وإقامة العدل وفصل الخصومات .

وأما السنّة , وهي سنّة عملية فقد كان ﷺ يقضي بين الناس، ويعلّم أصحابه كيفية القضاء. وقولية ، فقد قال ﷺ: { لو يعطى النّاس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم , لكن البينة على المدعي }[٥]. وفي رواية: {البينة على المدعي , واليمين على من أنكر }[٦].

---

(١) سورة، ص ، الآية:٢٠

(٢) سورة ص، الآية: ٢٦

(٣) سورة المائدة، الآية ٤٩

(٤) سورة النساء، الآية ٦٥

(٥) البخاري، **صحيح البخاري**، ج١٢، ص١٥٥ ، مسلم، **صحيح مسلم**، ج٥، ص١٢٠

(٦) الأصبحي، مالك بن أنس، **الموطأ**، تحقيق تقي الدين الندوي، دار العلم، دمشق، ١٩٩١، باب اليمـين مـع الشاهد، ج٣، ص٢٨٩، الترمذي، للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، (ت:٢٧٩هـ ـ). **جـامع**

وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاء , والحكم بين النّاس[١] .

المسألة الثانية: طبيعة الخصومة القضائية

إن طبيعة الخصومة في الشّريعة الإسلامية هي: عبارة عن العلاقة الناشئة بـين الجهـة القضائية المتمثّلة في القاضي ناظر الخصومة وبين الخصمين، والعلاقة الناشئة بين الخصـمين مع بعضهما البعض .

وحيث إن ما يميز الخصومة القضائية عن غيرها من الخصومات هو أن سلطة فصـل النّزاع مستمدة من سلطة الدولة، والقاضي هو ممثّل عن الدولة مستمد سلطته في فصل النّـزاع من سلطة الولاية العامة المتمثّلة في خليفة المسلمين، والخليفة كأي حاكم في الإسلام ليس ممثّلا للسلطة الإلهية ولا يستمد سلطاته منها؛ حيث إن الخليفة يمثّل الأمة التي اختارته ويسـتمد منهـا سلطته المحدودة في المسائل التنفيذية أو القضائية دون الناحية التشريعية[٢]، فإنّه أشبه ما تكـون علاقة القاضي ممثّل الخليفة بالخصوم هي علاقة العقد الحاصل بين الأمة -والخصـوم جـزء منها- وبين الخليفة عند مبايعته، فالأمة تبايع الخليفة على السمع والطاعة بما أمر الله ورسـوله، والخليفة يقبل الإيجاب بتطبيق أحكام الشّرع والتي من ضمنها إقامة العدل بين العباد، وتحقيـق الأمن بينهم وفصل خصوماتهم، وسيادة الأمة وهي سيادة الشّريعة[٣] .

أما العلاقة بين الخصمين ببعضهما فهي اتّفاقهما ابتداء لإحالة خصوماتهما ومنازعاتهما لمن بايعاه، ليفصلها وفق أحكام الشّريعة الإسلامية، واحترام ما يصدر عنه مـن أحكـام؛ إلا أن علاقتهما أثناء سير الخصومة ليست مع بعضهما وإنّما مع القاضي الذي يسير الخصـومة بنـاء على طلباتهما .

الترمذي، ط١، تحقيق: يوسف الحاج احمد، مكتبة ابن حجر، ٢٠٠٤ م ، كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، حديث رقم: ١٣٤١، قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح ،قال الشيخ الألباني:صحيح.

(١) ابن قدامة، **المغني**، دار إحياء التراث ج١٠، ص٩٠

(٢) السنهوري، **فقه الخلافة وتطورها**، ص٦٩

(٣) السنهوري، **فقه الخلافة وتطورها**، ص٦٨

طبيعة الخصومة في القانون:

أما في القوانين الوضعية تعددت النّظريات حول طبيعة الخصومة ومـن أشـهر هـذه النظريات[(١)] :-

أولا : نظرية (الخصومة رابطة قانونية) :-

يصور الفقه في غالبيته – في كل من ألمانيا وإيطاليا – الخصومة كرابطة قانونية واحـدة ذات طبيعة إجرائية . وترى النّظرية أن الخصومة تكون وحدة . هذه الوحدة ليس أساسها مجرد وحدة الغاية بين الأعمال الإجرائية ، لأن وحدة الغاية توجد بالنّسبة لأي مشروع ولو كان غيـر قانوني - مثل إنشاء مبنى أو القيام بعمل فني – وإنّما تعد الخصومة وحدة قانونية أساسها وجود الأعمال الإجرائية التي تكونها فجوة في رابطة قانونية .

فالمطالبة القضائية تنشئ – قبل الفصل فيها موضوعيا – " حالاً معلّقة "، ولا يعـرف إن كان المدعي صاحب حقّ أو لا ، ويكون غرض النشاط الإجرائي كلّه الوصول إلى معرفة هـذا الأمر ، وللوصول إلى معرفة صاحب الحقّ ، يجب أن يوضع الخصوم في مركز يمكّنهم مـن إبداء حججهم ، فتنشأ لكل منهم حقوق وعلى كل منهم واجبات ، وهو مـا يظهـر الخصـومة كرابطة قانونية مركبة.

وقد عيب على هذه النّظرية أنّها تريد أن تطلق على الخصومة تكييفاً قانونياً معينـاً، دون أن تحتفظ بهذا التكييف بمدلوله المعروف به في القانون . وذلك بأن الرابطة القانونية هي علاقة ينشؤها القانون بين شخصين يمنح أحدهما سلطة ويفرض على الآخر واجباً يقابل هذه السلطة . وهذه الرابطة غير موجودة في الخصومة وإذا وجدت فهل هي واحدة؟ وإذا كانت واحـدة فهـل هي والخصومة شيء واحد حتى يمكن القول أن الخصومة رابطة قانونية واحدة ؟

---

(١) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي**، ص٨-٢٦، بديوي، **بحـوث فـي قواعـد المرافعـات والقضاء في الإسلام**، ص٢١-٢٨، والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٥٨٥-٥٩٢، راغـب، **مبـادئ الخصومة المدنية**، ص١١-١٤، راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٢١٦-٢٢٢

ثانيا: (نظرية الخصومة مجموعة الآمال):

وهي نظرية جولد شميدت ويرى أن الخصومة ليست سوى مجموعة الآمال التي تكون لدى الخصوم في الحكم المستقبل وما يتصل بهذه الآمال من إمكانية توضيح الحقيقة بواسطة أعمال إجرائية وخاصة فتصبح أدلة إثبات .

وإذا كانت توجد لكل من الخصمين حقوق وتتقرر عليهما تكاليف إجرائية، فإن هذه الحقوق والتكاليف إنّما تمثّل ما يوجد فيه كل من الخصمين من مركز حسن أو سيئ بالنسبة لأمل الحصول على حكم لصالحه أي مركز قانوني .

وإن آمال الخصوم في الحكم المستقبل ليست سوى صورة أخرى لنفس الرابطة القانونية الموضوعية محلّ النّزاع .

ويؤخذ على النّظرية أن الرابطة القانونية الموضوعية وهي تتكون من حقّ والتزام بوضعهما تحت نظر القضاء تتحول إلى مجرد آمال في الحكم المستقبل ، وإذا كان الأمر كذلك ، فإن حقوق وتكاليف الخصومة الإجرائية لا تكون رابطة قانونية، وإنّما مجرد مركز قانوني.

و ليس صحيحاً كما تقول النّظرية أن الخصومة وموضوعها شيء واحد، فموضوع الخصومة أي محلّ النّزاع يكون بين الخصوم ، والقاضي بالضرورة بعيد منه ، في حين أنّه لا يمكن أن تتصور خصومة بغير وجود القاضي ، وقد أدى هذا الخلط بين الخصومة وموضوعها إلى أن أعطت النّظرية للخصومة تصويراً لا تجد فيه علاقة القاضي بالخصوم أي مكان . كما لا يوجد فيه أي بيان لوظيفة القاضي ومركزه في الخصومة[1].

ثالثا :- نظرية (الخصومة عمل قانوني) :-

وهي التي وضعها فتحي والي فيقول: (في رأينا أن الخصومة تعد عملاً قانونياً واحداً)، فالخصومة تتكون من مجموعة من الأعمال الإجرائية يقوم بها أشخاص مختلفون : القاضي وأعوانه والخصوم وأعوانهم وغيرهم ، وتتوالى هذه الأعمال المختلفة بشكل فتظلّ متّجهة كلّها إلى غاية واحدة هي صدور حكم يطبق القانون [2].

---

(١) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي**، ص٢٠

(٢) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي**، ص٢١

وتتميز هذه الأعمال للخصومة بميزتين :-

١- وحدة الغاية : فجميع الأعمال القانونية تتجه لغاية واحدة وهي إظهار الحقيقة بشـأن نـزاع معين .

٢- تسلسل هذه الأعمال وارتباطها فيما بينها ارتباطاً وثيقاً، حيث تجمعها وحدة زمنيـة ووحـدة منطقية تجعل كلاً من هذه الأعمال يبدو كنتيجة لسابقه ومقدمة لما يليه .

ويرى أستاذ المرافعات فتحي والي أن الخصومة عمل قانوني وتتابعي، والعمل التتابعي نوعاً من الأعمال المركّبة، فهو يتميز بتتابع الأعمال المركّبة التي يتكون منهـا، واتجـاه هـذه الأعمال لغاية واحدة وهي نهاية الخصومة بصدور حكم في النّزاع[١] .

رأي الباحث:

وبالنّظر إلى جميع النّظريات السابقة في تكييف وطبيعة الخصومة، يمكن القول بالجملة أن جميعها صحيحة وأن كلاً منها نظرت إلى الخصومة من جانب معين، وعيب علـى كـل منهـا بالنّظر إلى الجانب الآخر، فإن ما ذكرته من طبيعة الخصومة في الشّريعة الإسلامية هو الأوسع والأكثر شمولية، ويمكن أن يفسر ما قيل فيها بما قيل في نظرية الرابطة القانونية، فإن ما ذكـر من وجود علاقة ناشئة بين القاضي ممثّل الدولة وبين الخصوم، والعلاقة بين الخصوم أنفسهم ما هو إلا رابطة قانونية بين هذه الجهات أساسها عقد الخلافة وما نشأ عنه من حقوق وواجبات بين الدولة والأفراد . وبنظرة أكثر خصوصية لهذه الرابطة أو العلاقة يتضح لنـا أن أسـاس هـذه العلاقة يقوم بترتيب المشرع لمجموعة أعمال لها صفة الأعمال القانونية، وهذه الأعمـال هـي أعمال تتابعية يشكّل مجموعها وحدة الخصومة، وهو ما قامت عليه نظرية والي، كما أن الباعث للقيام بهذه الأعمال من قبل الخصوم هو مجموعة الآمال التي تكون لدى الخصوم في الحصـول على الحكم المستقبلي كل لصالحه، وهو ما نادت به نظرية شميدت.

---

(١) والي **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٥٩٠-٥٩٢

المسألة الثالثة

أنواع الخصومة القضائية

تتنوع الخصومة القضائية إلى عدة أنواع بحسب النّزاع المطالب بحسمه أوفصله، فكمـا يكون النّزاع حول حقّ لفرد بعينه أو أفراد معينين، أو غير محصورين، يمكن أن يكون حـول حقّ لله تعالى متمثّلا بحقّ المجتمع بأكمله، كما يمكن أن يكون حول حقّ مشترك بينهما، وعليـه فإن أنواع الخصومة تنقسم إلى:-

أولاً : خصومة بالحقّ الخاص

وأطلق عليها بعض الفقهاء دعوى الحقوق[(١)] وعليه يمكن تسـميتها بخصـومة الحقـوق. وعليه يمكن تعريف هذه الخصومة بأنّها : (**مجموع الإجراءات المؤدية لظهور الحق الخـاص لدى جهة صاحبة السلطة الذاتية، الملتجأ إليها لحسم النزاع وفقه**).

فإن موضوع هذه الخصومة هو ما يدور عليه الادعاء بالحقّ الخاص. والمقصود بالحقّ الخاص: هو الحقّ الخالص من حقوق العباد، كالقصاص، والرد بالعيـب والشّـفعة والغصـب والقيم[(٢)]، وسواء كان هذا الحقّ يمس شخصاً بعينه، أو يمس عدة أشخاص، أو حتـى جمـع لا حصر له، كطريق عام، أو نهر في قرية[(٣)] .

وعليه يمكن القول إن هذا النّوع من الخصومة يشكّل القسم الأكبر من أنـواع الخصـومة القضائية، حيث يكون قسيما له الخصومة التي مدارها الادعاء بحقوق الله، وذلك لأن حقـوق الله محصورة ومنصوص عليها، أما حقوق العباد فهي كثيرة ومتعددة، و حتى متجددة تبعاً لتطـور الحياة وتعقيدها، وليس أدلّ على ذلك من حصر الفقهاء في مصنفاتهم الفقهية لحقوق الله في باب العقوبات، أما حقوق العباد فهي منتشرة في جميع أبواب الفقه .

---

(١) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ج١، ص٥٤، ابن أبي الدم، شهاب الـدين إبراهيم بن عبدالله،(ت٦٤٢هـ). **كتاب أدب القضاء (الدرر المنظومات في الأقضـية والحكومـات)**، ط١، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٨٧، ص١٤٢

(٢) ابن أبي الدم، **كتاب أدب القضاء**، ص١٤٢

(٣) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام** ، ج١، ص١٦٧-١٦٨

وإن الدعوى في حق آدمي لا بد من مدعٍ ومدعى عليه فيها، فإن كانت الدعوى لميت أو غائب أو محجور عليه تحت نظر الحاكم أو لبيت المال، فالقاضي هو الذي يقيم من يدعي, وتكون الدعوى عن الميت أو الغائب أو المحجور أو بيت المال بإقامة القاضي النّاظر في أيديهم عنه. وإن كانت الدعوى على واحد من هؤلاء فالقاضي يقيم من يسمع الدعوى المتوجهة عليه، ويكون ذلك المنصوب قائماً مقام الميت أو الغائب أو بيت المال أو المحجور عليه، فهو منصوب من جهة الحكم عليه , ويسمع القاضي الدعوى من المذكورين اللذين نصبهما وليسا وكيلين عنه بل منصوبين من جهة الشّرع بنصبه إياهما، وهو نائب الشّرع في ذلك ونواب القاضي في ذلك مثله [١].

فإذا أذن القاضي الذي له ولاية الإذن لمباشرة الوقف في سماع الدعوى عن الميت أو الغائب أو المحجور أو بيت المال، ساغت الدعوى حينئذٍ لذلك لا لكونه في يده ولا لكونه مباشراً ; لأن المباشر لا يد له على الرقبة ولا المنفعة وإنّما له ولاية ما ولاه القاضي من حفظ أو إيجار أو قبض أو صرف أو نحوه بحسب ما ولاه، والتولية عن الشّرع أو عن القاضي فيما هو نائب عن الشّرع فيه[٢] .

ويمكن تقسيم حقوق العباد من حيث نوع الحقّ إلى حقوق عينية، وهي الحقوق المنصبة على عين معينة كدار أوسيارة أوبهيمة. وحقوق شخصية؛ وهي الحقوق المترتّبة في الذّمة. وحقوق محضة، والتي لا تتعلّق بعين ولا تقدر بمال كالنسب والحضانة .

وحيث إن الخصومة القضائية مهيمنة على الخصومة التحكيمية، حيث نص الفقهاء على أن للقاضي أن يمضي حكم المحكّم إن وافق اجتهاده، أو أن ينقضه إن لم يوافقه[٣]، فإنّه يمكن القول إن الخصومة القضائية بالحقّ الخاص هي أصل الخصومات؛ وحيثما تم الإطلاق دون تحديد فتكون هي المقصودة.

كما يمكن أن يجتمع ادعاء بحقّ الله وحقّ العبد معاً في خصومة واحدة، في حال كون النّزاع على الحقّ مشتركاً فيه حقّ الله تعالى وحقّ خاص، كما هو الحال في جريمة السرقة فكما أن فيها اعتداء على حرمة الله والمجتمع وتعدي حدوده، وثبوتها موجب للحد المقرر شرعاً،

---

(١) السبكي، أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي، (ت:٦٨٣). **فتاوى السبكي**، دار المعارف، ج٢،ص٤٩٥، نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ج٣، ص٣٤٥

(٢) السبكي، **فتاوى السبكي**، ج٢،ص٤٩٦

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج٢١، ص٦٦

فكذلك فإن للمسروق منه حقّاً ثابتاً في المسروق، وإن مطالبته به هو حقّ خاص ينتج عنه دعوى مدنية عينية إن كان المسروق قائماً، وشخصية إن كان هالكاً، واجتماع الدعويين في خصومة واحدة يوجب السير في الخصومة وفق الأصول الإجرائية لكل منهما. يقول في ذلك البهوتي: "(فإن تضمنت دعواه) أي الحد (حقا له) أي الآدمي (مثل أن يدعي سرقة ماله ليضمن السارق أو ليأخذ منه ما سرقه أو يدعي عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله) تعالى كما لو انفرد كل منهما[١].

الخصومة بالحقّ الشّخصي عند أهل القانون:

يسمى هذا النّوع من الخصومات بالخصومة المدنية في الفقه والقضاء، وذلك تبعاً للقانون الذي تحمي هذه الدعوى الحقوق المشتمل عليها والمسمى بالقانون المدني، والذي لقّب بأصل القوانين، وسبب هذا اللقب أن القانون المدني يعد الفرع الأصيل للقانون الخاص، ونتيجة تطور تاريخي تم تفريع قانون المرافعات والقانون التجاري من القانون المدني، فعند الرومان كان القانون المدني يشمل جميع القواعد القانونية التي يخضع لها الرومان فيما بينهم، وكان في مقابلته قانون الشّعوب الذي ينظم علاقة الرومان مع الأجانب، أو علاقة الأجانب مع بعضهم البعض، وانتقل القانون المدني بهذا الشكل إلى الدول الأوروبية الداخلة في دائرة الإمبراطورية الرومانية، ثم أخذ هذا الاصطلاح معنى جديداً عندما تفككت هذه الدول عن الإمبراطورية؛ إذ اتّبعت هذه الدول في تنظيم علاقتها بمواطنيها قواعد خاصة بها غير التي كانت متّبعة في الإمبراطورية، وهكذا انفصل عن القانون المدني قواعد القانون العام، وانحصر القانون المدني في قواعد القانون الخاص وحدها، وبعد ذلك اقتطع من القانون المدني القواعد التي تنظّم الإجراءات التي تتبع لحصول كل ذي حقّ على حقّه، ليبقى هذا القانون مقتصراً على القواعد التي تنظّم الحقوق من حيث الموضوع لا الشّكل، ومن هنا نشأت قوانين المرافعات أو أصول المحاكمات، وبعد اتّساع التّجارة وازدهارها ظهرت ضرورة وجود قواعد تختص بتنظيمها، فتم فصلها بقانون خاص سمي القانون التجاري، وأطلق على القوانين التي تنظّم كيفية تطبيق هذه القواعد من حيث كيفية حصول صاحب الحقّ على حقّه؛ بقوانين المرافعات المدنية والتجارية، أو قوانين أصول المحاكمات المدنية[٢].

---

(١) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦، ص٤٤٨

(٢) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص١٠٠

ويشمل القانون المدني في الدول الغربية جميع القواعد التي تنظّم علاقات النّاس فيما بينهم سواء أكانت متعلّقة بالأسرة أم في المال، ويستثنى من ذلك القواعد التي تحكّم الأعمال التجارية، أما في الدول العربية والشرقية فإن قواعد القانون المدني تقتصر على القواعد المتعلّقة بالمـال، واستثنيت القواعد التي تنظّم الأسرة بقوانين الأحوال الشخصية(١)، وفي سـنة ١٨٧٥ صـدرت المجموعة المختلطة آخذة أغلب أحكامها من القانون المدني الفرنسي والقليل من هذه الأحكام من الشّريعة الإسلامية. ثم قامت على أساس المجموعة المدنية المصرية مـن غيـر كبيـر تعـديل المجموعات في كثير من البلاد العربية وهي سوريا والعراق والأردن وليبيا(٢) .

كما أن الحقوق تقسم في القانون –كما سبق تفصيله في المبحث التمهيدي- إلـى حقـوق عينية وحقوق شخصية، فإنّه يمكن تقسيم الخصومة المدنية إلـى خصـومة عينيـة، وأخـرى شخصية. وبذلك يمكن تعريف هذا النّوع من الخصومة بأنّها: (مجموعة الإجراءات والأحكـام التي يرتّبها القانون على أطراف الدعوى المدنية)..

ثانياً : خصومة بالحقّ العام

ويمكن تعريفها بأنها: (**مجموع الإجراءات المؤدية لظهور الحق العام لدى جهة صاحبة السلطة الذاتية، الملتجأ إليها لحسم النزاع وفقه)**. ورغم أن الخصومة القضائية بالحقّ الخاص، هي أصل الخصومات لاتّساع مجالها وكثرتها، إلا أن الخصومة القضائية بالحقّ العـام الأكثـر عناية لخطورتها، فهي لا تمس فرداً أو شخصاً بعينه، وإنّما تمس جميع الأفراد، وتتخلخـل أمـن مجتمعهم.

وقد أطلق فقهاء المسلمين على هذا النّوع من الخصومات دعوى الحسبة أو شهادة الحسبة، وذلك لأن موضوعها حقّ الله تعالى وحقّ المجتمع بأي اعتداء على حدود الله، وانتهاك حرماتـه يعد كذلك اعتداء على المجتمع الإسلامي، لما في الاعتداء على حرمات الله من إضرار مباشـر في المجتمع، فما وضع الله الأحكام الشرعية إلا لحماية أمن المجتمع والفرد وتجاوزها يضر به، كما أن أولى أولويات المجتمع المسلم المحافظة على حرمات الله أن يعتدى عليها، وأنّه في ذلـك كالجسد الواحد متعاوناً على البر والتّقوى وطاعته- عز وجل-، ومن هنا كان حقّـه فـي منـع المعتدي من انتهاك حرمات الله، ومعاقبته على اعتدائه بعد حدوثه لعدم العـودة لمثلـه ولـردع

---

(١) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص٩٩

(٢) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص١٠٢

الآخرين ، وبالتالي فإن ما يغلب على هذا النّوع من الخصومة الفصل في الجريمة، بنسبها إلى المدعى عليه، أو بنفيها عنه، وبالعقوبة المقررة شرعاً في الحالة الأولى، أو بالتعزير في حالة عدم التقدير شرعاً[١].

وتقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى: كالزنا، وشرب الخمر، والسرقة، وقطع الطريق، والزكاة، والكفارة، والطّلاق، والعتاق، والاستيلاء، والوصية للفقراء، والوقف على الفقراء وعلى عامة المسلمين، وبترك الصلاة، والعفو عن القصاص، والعدة، والإيلاء، والإحصان وحرمة المصاهرة، والرضاع، وفي الخلع لإثبات الفراق لا لإثبات المال، وغيرها من حقوق الله[٢] .

واختلف فقهاء المسلمين بعد ذلك في أن ما تقبل فيه شهادة الحسبة، هل تقبل فيه دعوى الحسبة، فذهب فريق إلى جواز ذلك، ولم يجزه الفريق الآخر؛ معللين أنّه لا فائدة من سماع دعوى الحسبة؛ لأن الشهادة حسبةً تقبل، وفائدة الدعوى طلب إحلاف المدعى عليه إن أنكر، ولا يمين في الحدود ولا قضاء بالنّكول[٣].

ويتّضح جلياً أن الصواب قد جانب الفريق القائل بعدم سماع دعوى الحسبة لعدم الفائدة من سماعها؛ وذلك لعدة أمور، أهمها:

١. أن شهادة الحسبة لا تقتصر على الحدود التي لا يقضى فيها بالنّكول، بل كما سبق ذكره فإن مواضيعها تعدت ذلك إلى ما يحلف فيه المدعى عليه، ويحكم عليه بنكوله، كالطّلاق والعدة، والإيلاء، والعتاق وغيرها .
٢. وذلك لأنّهم افترضوا إنكار المدعى عليه، وحيث إنّه لا يحلف ولا يقضى بنكوله، فلا يترتّب على الدعوى فائدة، ومكمن خطئهم أنّه بإقامة دعوى الحسبة، يترتّب على المدعى عليه الجواب عنها فقد ينكر وهو ما افترضوه وقد يقر، أو يدفع الدعوى بوجود شبهة ما، ولا يخفى ما للاحتمالين الأخيرين من فائدة، فبإقراره تثبت الدعوى ولا داعي لسماع شهود الحسبة، وبدفعه وجود الشّبهة فإنّه يحلف، فإن نكل يقضى عليه بنكوله[٤]، ويؤيد ذلك من

---

(١) أبو زهرة، محمد، **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي**، دار الفكر العربي، ص٤٢، فقرة ٥١

(٢) ابن أبي الدم، **كتاب أدب القضاء**، ص٣١٩

(٣) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام** ج٢، ص١٥٧ ، ابن أبي الدم، **كتاب أدب القضاء**، ص٣٢٠

(٤) ابن أبي الدم، **كتاب أدب القضاء**، ص٣٢٠

السنّة ما رواه البخاري : " عن أَبِي هريرةَ وزيدِ بن خَالِدٍ أَنهما أَخْبراه أَن رجلَين اخْتَصما إِلى رسول اللهِ ﷺ فَقَالَ أَحدهما: اقْضِ بيننَا بِكِتَابِ اللهِ. وقَالَ الْآخَر وهو أَفْقَههما: أَجلْ يا رسولَ اللهِ فَاقْضِ بيننَا بِكِتَابِ اللهِ، وأْذَن لِي أَن أَتَكلم. قَالَ: تَكلم. قَالَ: إِن ابنِي كَان عسِيفًا علَى هذَا -قَالَ مالِك والْعسِيفُ الْأَجِير- زنَى بِامرأَتِهِ فَأَخْبرونِي أَن علَى ابنِي الرجم فَافْتَديتُ مِنْه بِمِائَةِ شَاةٍ وجارِيةٍ لِي ثُم إِني سأَلْتُ أَهلَ الْعِلْمِ فَأَخْبرونِي أَن ما علَى ابنِي جلْد مِائَةٍ وتَغْرِيب عامٍ وإِنما الرجم علَى امرأَتِهِ، فَقَالَ رسولُ اللهِﷺ: أَما والَذِي نَفْسِي بِيدِهِ لَأَقْضِين بينَكُما بِكِتَابِ اللهِ، أَما غَنَمك وجارِيتُك فَرد علَيك وجلَد ابنَه مِائَةً وغَربه عاما وأُمِر أُنَيس الْأَسلَمِي أَن يأْتِي امرأَةَ الْآخَرِ فَإِن اعتَرفَتْ رجمها فَاعتَرفَتْ فَرجمها "[١]. وفي الحديث دلالة قاطعة على قبوله ﷺ دعوى الحسبة في حد الزنا على المرأة من أب زوجها، حيث أن كلام أب زوجها هو مجرد ادعاء، لم يثبت بأربعة شهود، فقبلﷺ ادعاءه وأمر أنيسا أن يسمع جوابها على الدعوى، فإن اعترفت تكون ثبتت دعوى زوجها بزناها، وبذلك أمره أن يقيم عليها عقوبة الزنا، وعلى القول بعدم قبول دعوى الحسبة، كان يتوجب سماع أربعة شهود على زنا المرأة، قبل طلب الجواب منها.

٣. ومن ناحية أخرى فقد استقر أن والي الحسبة يستعدى إليه، أي تقام الشكاوى عنده، فما كان من اختصاصه نظر فيه وما لم يكن أحاله إلى القاضي المختص، وهذا الكلام يقتضي أن والي الحسبة عند مباشرته بإحالة ما خرج عن اختصاصه للقاضي، أن يكون والي الحسبة مدعياً عند القاضي ولا صفة له غير ذلك، فلا يمكن أن يكون شاهداً؛ لأنّه لم يضبط الواقعة بنفسه وإنّما استعدي[٢].

وقد اهتم الفقهاء بتفصيل العقوبات على مختلف الجرائم، ولم يخل مصنف من مصنفاتهم من التبويب بذلك، عدا عن وجود مؤلّفات خاصة بهذا الباب تطورت فيما بعد إلى وجود نظام متكامل أطلق عليه نظام العقوبات في الإسلام.

(١) البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، **الجامع الصحيح المختصر**، ط٣، تحقيق : د. مصطفى ديب البغا، دار ابن كثير، بيروت، ١٩٨٧، ج١٨، ص١٠١

(٢) الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، (ت:٤٥٠هـ). **الأحكام السلطانية**, ط٢, دار الكتب العلمية, بيروت, ١٩٦٦، ص٣١٨

ونظراً لأهمية هذا النّوع من الخصومة من حيث عظم المعتدى عليه- تبارك وتعالى علواً كبيراً-، ومن حيث خطرها ومساسها بالمجتمع كلّه لا بفرد أو مجموعة معينـة مـن الأفـراد، ونظراً لاختلاف طبيعتها عن باقي أنواع الخصومات من حيث المدعي فيهـا، فـإن الشّـريعة الإسلامية أولتها عناية كبيرة فأوجدت أجهزة ودوائر تعضدها، مثل ولايـة الحسـبة، وولايـة الجرائم، وجزء من عمل ولاية المظالم، وبما لهذه الأجهزة من أعوان، من شرطة وغيرهم.

كما جعلت لأي فرد من أفراد المجتمع حقّ إقامتها، وأعطت الحقّ للقاضي لتنصيب مـدعٍ للادعاء بها والإذن له بالخصومة فيها[(١)].

وتبعاً لهذا الاختلاف نتج عنه اختلاف في بعض الإجـراءات، فـإن بعـض إجـراءات الخصومة بالحقّ العام تختلف عن الإجراءات في غيرها، إلا أن جميع أنواع الخصومة تشـترك في إجراءات موحدة ثابتة يمكننا تسميتها بأصول الإجراءات، مثل حضور المدعى عليه، ومنحه حقّ الدفاع عن نفسه والتوكيل، وسؤاله عن الدعوى، وإجابته عنها وما يتفرع عنها من إجراءات بكونها دفعاً أو إقراراً أو إنكاراً وتحميل المدعي عبء الإثبات إلى آخر ذلك .

وإن هذه الإجراءات المختلفة عن غيرها من باقي أنواع الخصومات، يمكن حصرها بمـا يلي: -

أولا- وجود مرحلة أولية قبل مرحلة القضاء وهي مرحلة الاتّهام، ويتولّى هذه المرحلـة والي الحسبة[(٢)] أو والي الجرائم[(٣)]، وأعوانهما من الشّرطة ومن غير الشّرطة، ويكون الاتّهام إما مباشرة من قبل هذه الجهات، وذلك لما لها من سلطة البحث والكشف وتتبع أصحاب التهم مـن أهل الجرائم والمشبوهين، أو عن طريق الاستعداء من أعوان الأمارات أو غيرهم.

---

(١) السبكي، **فتاوى السبكي**، ج٢،ص٤٩٥-٤٩٦، نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، دار الفكر، ج٣، ص٣٤٥

(٢) سيأتي بحث ولاية الحسبة بشئ من التفصيل- إن شاء الله-.

(٣) وذكر ابن فرحون تسعة اختصاصات لوالي الجرائم، أهمها: الأول : سماع قـذف المتهـوم مـن أعـوان الأمارات من غير تحقيق الدعوى المعتبرة , ويرجع إلى قولهم هل هو من أهل هذه التّهمـة أو لا ؟ فـإن نزهوه أطلقه أو قذفوه بالغ في الكشف . الثاني : أنّه يراعي شواهد الحال وأوصاف التهوم في قوة التهمـة وضعفها , بأن يكون المتّهم بالزنا متصنّعاً للنساء فتقوى التّهمة . الثالث : تعجيل حبس المتهوم للاسـتبراء والكشف ومدته شهر , أو بحسب ما يراه. الرابع : يجوز له مع قوة التّهمة ضرب المتهوم ضرب تقرير لا ضرب حد ليصدق , فإذا أقر وهو مضروب اعتبرت حاله , فإن ضرب ليقر لم يعتبر إقراره تحت الضرب

وتقوم هذه الجهات المذكورة بالتحقيق في التّهمة، مستخدمة مـا لهـا مـن صـلاحيات كالبحث والكشف والتفتيش، والحبس بالتّهمة، وقد نص الفقهاء على أن الإقرار تحت الضرب لا يعتبر[1]، ثم بعد ذلك لا يخلو الحال من أحد أمرين، أولهما: أن ما تم التحقيق فيه من قبل هـذه الجهات يقع من ضمن اختصاصها الفصل فيه فيكون لها ذلك. وثانيهما: أن لـيس لهـا سـلطة الفصل فيه فتقوم بإحالته للقضاء .

وقد يتبادر إلى الذّهن تساؤل، ما فائدة الإحالة إلى القضاء بعد التحقيق في الاتّهام وربمـا التوصل إلى الإقرار؟ فيجاب عن ذلك: أنّه يتم البتّ في صحة الإقرار من قبل القضاء، فهنـاك احوال لا يعتبر الإقرار فيها، كالإقرار تحت الضرب[2]، وحتى إن ثبت صحة الإقـرار فيجـوز رجوع المتّهم عن إقراره في حقوق الله، كما يجوز له أن يدفع الدعوى بوجود شبهة تُسقِط الحـد عنه، فإن حصل شيء من ذلك فصل القضاء فيه بالوجه الشّرعي.

ثانيا- بالنّسبة لدور القاضي، فتختلف الموازين في دعوى الحسبة عن غيرهـا، ففيهـا لا يوجد خصم مطالب بحقّ خاص له بخلاف غيرها ، والتي غالباً ما تكون فـي الحـدود، لـذلك يتساهل فيها بمبدأ الحياد، وللقاضي فيها سلطة أوسع مما له في غيرهـا، يقـول السرخسـي: " ويستحسن للإمام أن يقول للطالب قبل إقامة البينة اترك هذا وانصرف ; لأن الحد لم يثبت عنـده بعد , وهذا نوع احتيال منه لدرء الحد، وهكذا في السرقة يستحب له أن يقول للمسـروق منـه: اترك دعوى السرقة قبل أن نثبت السرقة بالبينة [3].

ولاية الحسبة

وهو منصب ينشأ لمتقلّده والذي يدعى والي الحسبة أو قاضي الحسبة بعقد توليه من قبل

, أو ليصدق عن حاله قطع ضربه واستعاد إقراره , فإن أقر بخلاف الإقرار الأول أخذه بالثاني , ويجـوز العمل بالإقرار الأول مع كراهة وليس ذلك للقضاة . الخامس : أن له فيمن تكررت منه الجرائم ولم ينزجر بالحدود , استدامة حبسه إذا أضر النّاس بجريمة حتى يموت , ويقوته ويكسوه من بيت المال. السادس : أن له إحلاف المتهوم لاختبار حاله , ويغلظ عليه الكشف ويحلفه بالطّلاق والعتـاق والصـدقة كأيمـان بيعـة السلطان , وإن رأى المصلحة في قمع السفلة , بإشهارهم بجرائمهم فعل , فهـذه الأمـور مجـرد الاتّهـام بالجرائم . انظر:ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ج٢، ص١٥٠-١٥١

(١) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج٢، ص١٥٠-١٥١

(٢) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج٢، ص١٥٠-١٥١

(٣) السرخسي، **المبسوط**، دار المعرفة، ج١٦، ص١١١ .

الحاكم[١]. وإن مجمل عمل والي الحسبة الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنّهي عن المنكـر إذا ظهر فعله وذلك فرض عليه بحكم الولاية؛ فيجب عليه أن يبحـث عـن المنكـرات لإنكارهـا ويفحص عما ترك من المعروف الظاهر ليأمر بإقامته، كما أن والي الحسبة يستعدى إليه فيمـا يجب إنكاره ويجب عليه استجابة من استعداه. وله أن يعزر في المنكرات الظـاهرة لا يتجـاوز إلى الحدود, وأن له أن يجتهد برأيه فيما يتعلّق بالعرف دون الشّرع، وأن لـه أن يتّخـذ بعمالـه أعواناً ليكون له أقهر وعليه أقدر [٢].

ولوالي الحسبة أن يسمع دعوى المستعدي على المستعدى عليه في حقوق العباد وليس في عموم الدعاوى، وإنّما يختص بثلاثة أنواع من الدعاوى يجمع بينها تعلّقها بمنكـر ظـاهر هـو منصوب لإزالته، أحدها: أن يكون فيما يتعلّق ببخس أو تطفيف في كيل أو وزن. والثاني: فيمـا يتعلّق بغشّ أو تدليس في مبيع أو ثمن . والثالث: فيما يتعلّق بمطل وتأخير لدين مسـتحقّ مـع المكنة[٣]. إلا أن والي الحسبة يأمر ويلزم المدعى عليه للخروج من الحقّ الذي عليه في الحقوق المعترف بها, فيما اختص بنظره من الدعاوى، فأما ما يتداخله التّجاحد والتّناكر فلا يجـوز لـه النّظر فيه؛ لأن الحاكم فيها يقف على سماع بينة وإطلاق يمين, ولا يجوز للمحتسـب أن يسـمع بينة على إثبات حقّ ولا تحليف يمين على نفي الحقّ[٤]، وليس له إنشاء الأحكام ولا تنفيذها فـي الأنكحة والمعاملات[٥].

وبالنّظر إلى نظام والي الحسبة في الإسلام تتّضح لنا روعة هذا النّظام وتكامله مـع مـا يعضده من أنظمة أخرى وهي: نظام القضاء، ونظام والي المظالم[٦], وبذلك يتّضح جلياً أن نظام الحسبة في الإسلام هو مختلف عن نظامي القضاء والمظالم, وإن ما اشتهر في كتابات من كتَب بالفقه من المعاصرين بإطلاق القضاء الإداري على قضاء الحسبة لا صحة له، فكما تبـين مـن اختصاصات والي الحسبة أن عمله لا يمتّ من قريب ولا من بعيد إلـى الخصـومة الإداريـة, وحتى وإن عني باستماع بعض الإستعداء من مدعين على مدعى عليهم في حقوق محـددة، إلا

---

(١) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٣١٩

(٢) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٣١٨

(٣) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٣١٩

(٤) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٣٢٠

(٥) القرافي، أحمد بن إدريس المالكي، (ت: ٦٨٤هـ). **الإحكام في تمييز الفتاوى عـن الأحكـام وتصـرفات القاضي والإمام**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤م، ص٥١

(٦) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٣٢١، القرافي، **الإحكام في تمييز الفتـاوى عـن الأحكـام وتصـرفات القاضي والإمام**، ص٥١

أنّه غير مخول بالحكم ولا تنفيذ الأحكام التي ليست من ضمن اختصاصاته(١)، ولا سـماع بينـة ولا تحليف يمين، وإنّما يلزم المدعى عليه بإقراره أو بحقّ ظاهر دون مناكرة ولا تجاحد، فـإن حصل وجب عليه إحالة الأمر إلى القضاء.

وربما اشتهر إطلاق القضاء الإداري على نظام الحسبة، لما يتشابه بـه نظـام الحسـبة بالأنظمة الإدارية الحديثة مثل الحاكم الإداري وما يختص به هذا الأخيـر مـن اختصاصـات مشابهة لاختصاصات والي الحسبة, رغم أن اختصاص والي الحسبة في نظام الحسبة في دولـة الإسلام أوسع بكثير من نظام الحاكم الإداري في بعض الدول الحديثة, حيث إن والـي الحسـبة يدخل في اختصاصه ما يعرف بالضابطة العدلية، وما تشمله من حكام إداريين ونيابـة عامـة، ومديريات الشّرطة والأجهزة المعنية بملاحقة المجرمين وتجريمهم قضائياً، كما يـدخل ضـمن اختصاصه ما تختص به بعض المؤسسات والنّقابات المختصة بالأبنيـة وتـراخيص التّجـارة، وكذلك الدوائر المعنية بمراقبة أعمال النّظافة والتّجارة .

وإن كان نظام ولاية الحسبة ليس مما يعد خصومة إدارية، فهل عرف نظـام القضـاء الإسلامي الخصومة الإدارية؟ نعم، لقد عرف نظام القضاء الإسلامي الخصومة الإداريـة بمـا يعرف بولاية المظالم، وسيتم بحثه لاحقاً -إن شاء الله تعالى- ضمن الخصومة الإدارية .

الدعوى بالحقّ العام في القانون

تسمى الدعوى التي تحمي الحقّ العام في القانون بالدعوى الجزائية، وذلك تبعاً للمطالبـة القضائية، فإن المطالب به فيها هو المجازاة ، أي ايقاع العقوبة على المدعى عليه.

كما أن الدعوى الجزائية في القانون تستند إلى الإخلال بالقواعد القانونيـة فـي القـانون الجنائي، والذي يعرف بأنّه: مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم المعاقب عليها قانونا، والعقوبـة المقررة لكل منها والإجراءات التي تتبع في تعقّب المتّهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه إذا ثبت إجرامه(٢).

ومن التّعريف السابق يتّضح أن القانون الجنائي ينقسم إلى قسمين :-

---

(١) القرافي، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، ص٥١

(٢) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص٩٤

١- قواعد موضوعية ترمي إلى تحديد الجريمة والعقاب .

٢- وقواعد شكلية تتضمن بيان الإجراءات التي تتبع عند وقوع الجريمة بغية الوصـول إلى معرفة الجاني وضبطه وتوقيع العقاب عليه .

ونظراً لاختلاف هذين القسمين تجزأ القانون الجنائي إلى فرعين ثانويين واستقل كل منهما مجموعة خاصة ، وهذان الفرعان الثانويان هما : قانون العقوبات ويتضمن القواعـد الجنائيـة الموضوعية. وقانون الإجراءات الجنائية ويتضمن القواعد الجنائية الشّكلية .

ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن القانون الجنائي يدخل في دائرة القانون العام لا القانون الخاص، حيث إن الجريمة التي ترتكب بحقّ أحد الأشخاص تنشأ عنها علاقتـان: أولهمـا بـين المجني عليه والمجرم نتيجة إضرار الأخير بالأول. وثانيهما علاقة بين المجرم والدولة حيث إن أية جريمة تمس فردا من الأفراد تمس الدولة كلها في نفس الوقت، كما أن من لوازم بقاء الدولة استتباب الأمن والنّظام بين ربوعها وهذه العلاقة الأخيرة هي التي يدخل تنظيمها فـي القـانون الجنائي، فالقانون الجنائي لا ينظّم إلا علاقة الدولة بمن يرتكب إحدى الجرائم من حيث حقّها في توقيع العقاب عليه[1].

وقد أخذت القوانين الوضعية بمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بالقـانون، إلا أنّـه لا يمكـن الادعاء بوجود جريمة ما ولا توقيع أية عقوبة على فعل، إلا إذا كان منصوصاً على تجريم ذلك الفعل وتقدير عقوبة عليه.

النّيابة العامة:

يرجع نظام النّيابة العامة إلى القانون الفرنسي القديم، حيث كان الملك يعهد إلـى بعـض وكلاء الدعاوى والمحامين بالدفاع عن مصالحه الخاصة، وبازدياد نفوذ الملـك اعتبـر هـؤلاء قضاة، وأُنيط بهم إلى جانب الدفاع عن مصالح الملك الخاصة الـدفاع عـن المصـالح العامـة للمجتمع والدولة، ومنعوا من العمل في قضايا الأفراد، وبعد ذلك أصبحت وظيفتهم مقتصِرة على

(١) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص٩٤

الدفاع عن المصالح العامة للمجتمع والدولة فقط، وهذه هي وظيفتهم الآن، ومن فرنسا انتقل هذا النّظام إلى دول أخرى كثيرة[١].

يخول القانون النّيابة العامة سلطة رفع الدعوى العمومية إلى القضاء، ومتابعة السير فيها وطلب عقاب المتّهم نيابة عن المجتمع دفاعاً عن المصلحة العامة، لذا فهي صاحبة السلطة في رفع الدعوى الجنائية بما يسمى الادعاء العام[٢].

أما بالنّسبة للدعوى المدنية فالأصل أن يرفعها الأفراد دفاعاً عن مصالحهم الخاصة الفردية، أو الجماعية الخاصة، ولكن بعض هذه المصالح الخاصة تمس مصلحة عامة للمجتمع، وهنا يبدو دور النّيابة العامة في الدعوى المدنية، إذ يوجب القانون أو يجيز لها التدخّل كطرف منضم في هذه الحالة لإبدائها رأياً استشارياً ومحايداً في الدعوى، ولا يجيز لها القانون رفع الدعوى المدنية ابتداء للدفاع عن المصلحة العامة، إلا في الحالات المنصوص عليها وأهمها دعوى شهر إفلاس تاجر، ودعوى بطلان جمعية[٣].

وقد وجهت بعض الانتقادات إلى إعطاء النّيابة العامة دوراً في القضايا المدنية، ومن هذه الانتقادات[٤]:-

١. فقد قيل إن وجود النّيابة العامة إلى جانب القاضي الذي ينظر القضية يشعر بعدم الثّقة في القضاة، لأخذها دوراً من سلطته القيام به.
٢. أن للدولة كالأفراد ممثليها الذين يمكّنهم تمثيلها في الخصومة، كذلك أن لناقصي الأهلية وغيرهم من الأفراد من يراد حمايتهم بواسطة النّيابة المدنية ممثليهم، وأن وجودها يخلّ بمبدأ المساواة أمام القضاء.
٣. أن المراد من النّيابة العامة أن تكون أداة بيد السلطة التّنفيذية للتدخّل في القضاء.

مقارنة بين الشّريعة والقانون

لقد أرست قواعد الشّريعة الإسلامية نظاماً متقدماً لما عرف بنظام العقوبات قام على

---

(١) والي، **قانون القضاء المدني** ،ج١، ص٦٦٦-٦٦٧
(٢) مسلم ، **قانون القضاء المدني**، ص٥٧، راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص١٥٠
(٣) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني** ، ص١٥٠
(٤) **والي، قانون القضاء المدني**، ج١، ص٦٦٧

أساس النّص على الجرائم وعقوباتها، وبذلك حددت الجرائم الحديـة وبينـت معـالم الجـرائم التعزيرية كما فصلت طرق إثبات تلك الجرائم، وأخذت القوانين الوضعية بأنّـه لا عقوبـة ولا جريمة إلا بنص .

كما يتّضح أن موضوع الخصومة في الحقّ العام في الشّريعة أوسع منها فـي القـانون، وذلك لما تشمله دعوى الحسبة من الادعاء بما هو ليس جزاء أو إيقاع عقوبة، كالادعاء بالطّلاق والعتاق والعدة والإيلاء وغيرها مما تم تفصيله في موضعه .

يشابه نظام النّيابة العامة في القانون كثيراً نظام والي الحسبة، فاختصاصهما الأصلي هـو الحقّ العام، وقد أعطيت لكل منهما صلاحيات محددة في الدعوى بالحقّ الخاص، مع ملاحظة ما يمتاز به نظام ولاية الحسبة من اتّساع صلاحيات، فله سلطة الفصل في بعض الحقـوق ولـيس للنّيابة العامة ذلك.

اقتصر دور القانون على رفع الدعوى الجزائية أمام القضاء على النّيابة العامـة، بينمـا فتحت الشّريعة الإسلامية الباب لكل من والي الحسبة ووالي الجرائم، ولكـل فـرد مـن أفـراد المجتمع بإقامة دعوى الحسبة .

كما أعطى القانون الحقّ للنّيابة العامة في تمثيل فاقدي الأهلية والمحجور عليهم، فكـذلك أعطت الشّريعة الحقّ للقاضاة بتنصيب من ينوب عنهم والإذن له بتمثيلهم في الخصومة .

سبقت مرحلة الخصومة بالحقّ العام، مرحلة تمهيدية في كل من الشّريعة والقـانون مـع اختلاف التسمية، ففي الشّريعة مرحلة الاتّهام، أما في القانون مرحلة الضبط، وما تتضمن هـذه المرحلة من إجراءات كالتحقيق وغيرها، إلا أنّه في الشّريعة كان للجهة المتولية هـذه المرحلـة سلطة أوسع مما هي عليه في القانون، فكان لها أحياناً سلطة الفصل في الخصومة، وليس ذلك

لها في القانون .

ثالثاً: الخصومة الإدارية

ويمكن تعريف الخصومة الإدارية بأنّها: (**مجموع الإجراءات المؤدية لظهـور الحـق المتنازع عليه بين الدولة والأفراد لدى جهة صاحبة سلطة ذاتية، الملتجأ إليها لحسم النـزاع وفقـه**). حيث إن مما أوجب إفراد هذا النّوع من الخصومة عن النوعين السابقين هو تميز هـذا

النّوع عنهما في الشّريعة الإسلامية والقانون؛ وذلك لاختلاف طبيعة القضايا الإدارية وإجراءاتها عن القضايا التي تُنظر أمام القضاء العادي؛ لأنّها خاصة بالمنازعات التي تـدور بـين الدولـة وموظّفيها أو بين الدولة كسلطة تنفيذية والأفراد[١]، فالدولة أو ممثليها ومؤسساتها هي طرف في هذه الخصومة، حيث إنّه من الطبيعي أن يترتّب على قيام الإدارة بنشاطها أن تثور بينها وبـين الأفراد أو الهيئات الخاصة منازعات تتطلّب الفصل فيها.

وببحث مسائل الدولة وعلاقتها برعاياها فقد أرسى الفقهاء بذلك نظاماً عظيماً أطلق عليـه نظام الحكم[٢]. وأفرد أهل القانون لهذه العلاقة ما يسمى القانون الإداري الذي يعـرف عنـدهم بأنّه: مجموعة القواعد القانونية التي تبين كيفية أداء السلطة التنفيذية وظيفتها[٣]، والذي يتّصـل اتصالاً وثيقاً بالقانون الدستوري[٤] إلى حد الخلط بينهما أحياناً، حيث إن القانون الدستوري هـو الذي ينظّم السلطة التّنفيذية من حيث تكوينها ووظيفتها، ثم يأتي القانون الإداري ليحدد كيفية سير تلك السلطة في أداء وظيفتها.

ونظراً لاختلاف هذا النّوع من الخصومة عن الخصومة القضائية فقد أفردت له الدولـة الإسلامية في صدرها الأول بما يعرف بولاية المظالم، إلا أن الذي يجعـل هـذا النّـوع مـن الخصومة يتبع الخصومة القضائية هو الضابط الذي يميز الخصومة القضائية عن غيرها، وهـو ضابط سلطة الجهة الفاصلة في النّزاع وطبيعة استمدادها هذه السلطة، فإن الجهة الفاصـلة فـي الخصومة الإدارية سواء كانت القضاء العادي أم جهة أخرى غيرها، فإن هـذه الجهـة ذاتيـة السلطة وليست مستمدة سلطتها في فصل النّزاع الإداري من إرادة طرفي النّزاع.

وفي بعض البلاد كانجلترا يعهد بالفصل في هذه المنازعات إلى القضـاء العـادي، كمـا سارت عليه مصر حتى نشوء مجلس الدولة،[٥]، وأياً كانت تبعية القضاء الإداري، فيرى أساتذة الإجراءات المدنية أن قواعد المرافعات أو أصول المحاكمات تعد القانون العام في التّقاضي أيـاً

---

(١) المتيت، أبو اليزيد علي، **الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي**، ط٢، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، ص٦

(٢) إلا أنّهم بحثوا مسألة الخلافة في كتب العقيدة، لما ترتّب عليها من نشوء فرق مختلفة في الاعتقاد .

(٣) عبدالباقي، **نظرية القانون**، ص٩٠

(٤) يعرف القانون الدستوري بأنّه: الفرع من القانون العام الداخلي الذي يبين شكل الدولة والسلطات التي تتكون منها والحقوق والواجبات الأساسية التي تثبت للأفراد أو عليهم. انظر: عبدالباقي، **نظرية القانون**، ص٨٥

(٥) عبدالباقي، **نظرية القانون**، ص٩٢

كان نوعه جزائيا أو إدارياً أو غير ذلك، وذلك لتكامل قواعده واستقرارها بحيث أصبحت نهج العدالة في التّقاضي، ولا يعدل عنها إلا بوجود نص خاص.

بينما يرى أساتذة القانون العام أن الرجوع لقواعد الإجراءات المدنية لا يستقيم وطبيعة القضاء الإداري، وهذا ما سلكه القضاء الإداري الفرنسي رجاء السير على نمط يجمع بين العدالة والسرعة في الإجراءات(١).

ولأن القانون الإداري يختلف عن القانون المدني والتّجاري بأنّه غير مقنن، وبذلك فإن القضاء الإداري ليس قضاء تطبيقياً كالقضاء المدني، ولكنّه قضاء إنشائي، يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد، وبالتالي ابتدع القضاء الإداري نظرياته التي استقلّ بها(٢). كما إن شأن الخصوم أمام القضاء الإداري مختلف عما هو أمام القضاء المدني والجزائي، مما يوجب استقلال إجراءات كل واحد منها، كما يوجب أن يكون القاضي الإداري ذا سلطان كبير في الإجراءات التي تتبع أمامه(٣).

ويتمتّع القاضي الإداري في إجراءات فصله للخصومة بسلطان كبير لا تحده إلا قدرته على ابتداع الحلول المناسبة والعادلة التي توفّق بين المصالح العامة والمصالح الفردية، وهو أمير في إجراءاته، إلا أن ذلك لا يعني أنّه يحكم بسلطان لا حد له ولا نهج فيه، فإنّه مقيد في المبادئ التي استقرت في النّفوس عنواناً للحقّ، أو ضماناً للعدالة ويجب عليه أن يقف دونها(٤).

ولبحث هذا النّوع من الخصومة كان لزاماً بحث مسألة منازعة الأفراد لمتولي مناصب الدولة والقضاة، ومن ثم التّعرف على كيفية مخاصمتهم عن طريق ولاية المظالم، أو قاضي المظالم .

مخاصمة الولاة والقضاة

ساوت الشّريعة بين الحاكم والمحكوم في تحمل المسؤولية المدنية والجزائية، فقد اتّفق

---

(١) الخطيب، عدنان، **الإجراءات الإدارية دراسة نظرية وعملية مقارنة**، محاضرات لطلاب قسم الدراسات القانونية،١٩٦٨، ص١٣-١٤

(٢) الخطيب، **الإجراءات الإدارية دراسة نظرية وعملية مقارنة**، ص١٤

(٣) الخطيب، **الإجراءات الإدارية دراسة نظرية وعملية مقارنة**، ص١٨-٢١

(٤) الخطيب، **الإجراءات الإدارية دراسة نظرية وعملية مقارنة**، ص٣٣-٣٤

الفقهاء على أن الولاة والأمراء والسلاطين والقضاة وجميع الحكّام من هم دون الإمـام الأعظـم يتحملون كامل المسؤولية المدنية والجزائية، فيخاصمون في حقوق العباد وتحصيل هذه الحقـوق منهم ويقتص منهم، كما يخاصمون في حقوق الله ويعاقبون على ما ثبت اقترافهم له مـن جـرائم، واتّفقوا كذلك على أن الإمام الأعظم (الخليفة) يخاصم في حقوق العباد، أما مخاصمته في حقوق الله ومعاقبته على ما اقترف من جرائم فذهب الجمهور من المالكية والشّافعية والحنابلة إلى جواز ذلك، وذهب الحنفية إلى عدم جواز ذلك، ليس لأن الحاكم فوق أحكام الشّريعة ولكن لأن إقامـة الحـدود والعقوبات موكولة إليه، فمن المتعذّر أن يعاقب نفسه لأن العقوبات على سبيل الخزي والتّنكيـل ولا يستطيع الإنسان التّنكيل بنفسه، بخلاف حقوق العباد كالقصاص وضـمان المتلفـات؛ لأن حـقّ استيفائها لمن له الحقّ فيكون الإمام فيه كغيره، وإن احتاج إلى المنَعة فالمسلمون منعته فيقدر بهم على الاستيفاء [1].

وقد يؤخذ على نظرية أبي حنيفة، أنّها تقوم على أساس ضعيف؛ لأن الإمام ليس إلا نائبـاً عن الجماعة، ولأن الخطاب في التّشريع الإسلامي موجه للجماعة وليس للإمام، وإنّمـا أقامـت الجماعة الإمام ليقيم أحكام الشّريعة، ويرعى مصالح الجماعة، فإذا ارتكب أحد الأفراد جريمـة، كان للإمام أن يعاقبه بما له من حقّ القيام على تنفيذ نصوص الشّريعة نيابة عن الجماعـة، وإذا ارتكب الإمام نفسه جريمة عاد للجماعة حقّها، وعاقبت الإمام حيث لا يصلح للنّيابة عنها في هذه الحالة[2].

وإن الأدلة على تحمل الحاكم المسؤولية المدنية والجنائية كثيرة جداً يضيق حصـرها، إنّمـا أردت أن أورد بعض الحوادث المعبرة :

فقد خرج ﷺ أثناء مرضه على أصحابه وقد عصب رأسه، ثم قال: "أيها النّاس من كنـت جلدتُ له ظهراً فهذا ظهري فليستقد منه، ومن كنت شتمت له عرضاً فهذا عرضي فليستقد منه، ومن أخذت له مالاً فهذا مالي فليأخذ منه، ولا يخش الشّحناء من قِبلي فإنّها ليست من شأني، ألا

(١) السرخسي، **المبسـوط**، دار المعرفة، ج٩، ص١٠٥-١٠٦، نظام، وجماعة من علمـاء الهنـد، **الفتـاوى الهندية**، ج٢، ص١٥٢ ، الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي، **التاج المذهب في أحكام المذهب**، ط١ ، مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء ج٤، ص٢٠٨، أَطفَيش، **شرح النيل وشفاء العليـل**، ج١٤، ص٣٤٣، الشـربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، بيروت، ج٥، ص٤٥٦ ، عودة، عبـدالقادر، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، ط١٤، مؤسسة الرسالة، بيـروت، لبنـان، ٢٠٠٠، ج١، ص٣١٦-٣٢٣ ، وزارة الأوقاف الكويتية، **الموسوعة الفقهية**، ج٦، ص٢٣١-٢٣٢

(٢) عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، ج١، ص٣٢٣

وإن أحبكم إلي من أخذ منّي حقّاً إن كان له، أو حللني فلقيت ربي وأنا طيب النفس". ثـم نـزل فصلّى الظهر، ثم رجع إلى المنبر فعاد لمقالته الأولى[١].

ونهج خلفاء الرسول ﷺ نهجه، وأعطى أبو بكر القَود من نفسه[٢]، واقتـاد عمـر بـن الخطّاب للنّاس من ولاته وقصة عمرو بن العاص شهيرة، كما أعطى القود من نفسه وروي عنه أنّه قال: رأيت رسول الله ﷺ يعطي القَود من نفسه، وأبا بكر يعطي القَود من نفسه، وأنا أعطي القَود من نفسي[٣].

كما خوصم ﷺ وخلفاؤه بحقوق العباد، فهذا هو علي بن أبي طالب في خلافته يفقد درعاً له ويجدها مع يهودي يدعي ملكيتها، فيرفع أمره إلى القاضي، فيحكم لصالح اليهودي ضد علي.

وبعض الخصومات التي كانت تثور بين الخليفة والولاة وبين الأفراد كانت تُفض بطريـق التّحكيم، كما فعل عمر بن الخطاب، فقد أخذ فرساً من رجل على سوم فحمـل عليـه فعطِـب، فخاصم الرجل عمر، فقال عمر: اجعل بيني وبينك رجلاً، فقال الرجل: إنّـي أرضـى بشـريح العراقي، فقال شُريح لعمر: أخذته صحيحاً سليماً فأنت له ضامن حتى ترده صحيحاً سليماً، وكان هذا الحكم الذي صدر ضد عمر هو الذي حفز عمر لتعيين شريح قاضياً[٤].

عرفنا حكم تحمل الإمام والولاة والقضاة المسؤولية عن أفعالهم بصفتهم الشّخصـية، فمـا حكم تحمل من يقوم منهم بعمل القضاء المسؤولية بصفته الوظيفية؟

اتّفق جمهور الفقهاء من الحنفية[٥] والمالكية[٦] والشّافعية[٧]، على أن فعل القاضي علـى سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان بحال.

وذهب الحنابلة لجواز سماع الدعوى على الحاكم المعزول, ولا يحضر القاضي المعزول حتى يعرف ما يدعيه المدعي, فيسأله عنه, صيانة للقاضي عن الامتهان. فإن كانت دعواه أنّـه

---

(١) ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص١١٨

(٢) ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص١١٨

(٣) الشافعي، محمد بن إدريس (ت٢٠٤ هـ)، **الأم** ، ط٢ ، دار المعرفة ،بيـروت،١٣٩٣هـ ، ج٦ ص٥٤.

(٤) البيهقي، **معرفة السنن والآثار**، حديث رقم ٣٣٩٤ .

(٥) الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق**، ج٤، ص٢٠٦

(٦) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١، ص٨٨

(٧) السبكي، **فتاوى السبكي**، ج٢،ص٤٩٦

أخذ منه رشوة على الحكم، أو ادعى عليه الجور في الحكم , وكان للمدعي بينة أحضره وحكم بالبينة, وإن لم يكن معه بينة ففيه وجهان; أحدهما, لا يحضره; لأن في إحضاره وسؤاله امتهاناً له، وأعداء القاضي كثير, وإذا فعل هذا معه لم يؤمن ألا يدخل في القضاء أحد خوفاً من عاقبته. والثاني, يحضره; لجواز أن يعترف, فإن حضر واعترف حكم عليه, وإن أنكر فالقول قوله من غير يمين; لأن قول القاضي مقبول بعد العزل كما يقبل في ولايته. وإن ادعى أنّه أخرج عيناً من يده بغير حقّ , فالقول قول الحاكم من غير يمين , ويقبل قوله للمحكوم له بها[١] .

وعند من قال بعدم الضمان فإن حصل الاختلاف في وقوع الفعل من القاضي على سبيل القضاء أم ليس على سبيل القضاء، أو أثناء توليه القضاء، أم أثناء عزله، فإن القول قول القاضي دون يمين[٢].

وذهبوا إلى أبعد من ذلك فقد أسقطوا الضمان عن القاضي في الأعمال الولائية، وليس في الأعمال القضائية فقط[٣].

كما أن من قال بأنّه لا يتحمل الضمان قد منع سماع الدعوى عليه ابتداء[٤]، وذلك لصيانة منصب القضاء أولاً, وأما ثانياً فلأن القاضي نائب الشّرع ونائب الشّرع لا تسمع عليه دعوى[٥]، يقول ابن فرحون: "ولا ينبغي أن يمكّن النّاس من خصومة قضاتهم ; لأن ذلك لا يخلو من وجهين : إما أن يكون عدلاً فيستهان بذلك ويؤذى , وإما أن يكون فاسقاً فاجراً وهو ألحن بحجته ممن شكاه فيبطل حقّه ويتسلّط ذلك القاضي على النّاس. وقال ابن القاسم في القاضي: يعزل فيدعي النّاس أنّه جار عليهم أنه لا خصومة بينهم وبينه , ولا ينظر فيما قالوا عنه , إلا أن يرى الذي بعده جوراً بيناً فيرده , ولا شيء على القاضي " [٦].

بل إن الدعوى لا تسمع على نائبه كذلك يقول السبكي: "حتى استقر رأيي على أن القاضي لا تتوجه عليه دعوى أصلاً ولا على نائبه, والسر فيه أن القاضي نائب ويده يد الشّرع فكيف تتوجه الدعوى عليه، ولهذا لا يضمن هو ولا نائبه ولا يتوجه عليه بوضع يده ضمان وكذا لا يدعى عليه بسببها ; لأنّها يد الشّرع لا يده بل هو في الحقيقة لا يد له وإنّما هو متكلّم بلسان

---

(١) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٠٨-١٠٩

(٢) الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٤، ص٢٠٦،

(٣) نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ج٣، ص٣٤٥

(٤) الجمل، **فتوحات الوهاب بشرح منهج الطلاب(حاشية الجمل)** ،ج٥، ص٣٤٥

(٥) السبكي، **فتاوى السبكي**، ج٢،ص٤٩٦

(٦) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١، ص٨٨-٨٩

الشّرع واليد لله ورسوله، فلهذا السر لا يتوجه أصلاً على قاضٍ دعوى فيما يتعلّق بالقضاء ما دام قاضياً، وإنّما تتوجه عليه دعوى في حال قضائه فيما يختص بنفسه إذا باع أو اشترى أو ما أشبه ذلك من التّصرفات لنفسه فيدعى عليه كما يدعى على سائر النّاس(١).

وإنّما تسمع الدعوى على منصوبه عن الغائب والميت، فهو كالوكيل عنهما والولي عليهما، وليس لكونه قائماً مقام القاضي(٢).

هذا وإن أجازت الشّريعة الإسلامية مخاصمة الولاة والقضاة وحتى الإمام الأعظم خليفة المسلمين ورئيس دولتهم، فقد أوجدت جهة أعلى مرتبة من مراتب القضاء لتختص بهذه الوظيفة العظيمة وأطلق عليها ولاية المظالم، وهذا ما سيتم بحثه في المطلب القادم- إن شاء الله تعالى-.

مخاصمة الولاة والقضاة في القانون

كان القانون الوضعي حتى آخر القرن الثامن عشر يميز في تحمل المسؤولية المدنية والجزائية بين رئيس الدولة ملكاً كان أو رئيس جمهورية وبين باقي الأفراد، فبينما يخضع الأفراد للقانون لا يخضع له رئيس الدولة بحجة أنّه مصدر القانون، وأنّه السلطة العليا، فلا يصح أن يخضع لسلطة هي أدنى منه وهو مصدرها(٣).

ويختلف النّظام الملكي عن الجمهوري بأن بعض الدساتير اعتبرت ذات الملك مقدسة(٤)، أما الأصل في النّظام الجمهوري أن رئيس الجمهورية غير مسؤول(٥).

---

(١) السبكي، **فتاوى السبكي**، ج٢،ص٤٩٦

(٢) السبكي، **فتاوى السبكي**، ج٢،ص٤٩٦

(٣) عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، ج١، ص٣١٠-٣١١

(٤) كالدستور الدانيماركي والدستور الأسباني قبل الجمهورية، أما الدستور الإنجليزي فيجعل ذات الملك مصونة لا تمس، ويفترض أن الملك لا يخطئ، وفي بلجيكا ومصر ذات الملك مصونة لا تمس، وكذلك كان الحال في إيطاليا ورومانيا قبل إلغاء النّظام الملكي. أنظر: عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، ج١، ص٣١١

(٥) وكانت شعوب العالم تعترف بهذا الوضع لرؤساء الدول الجمهورية حتى القرن التاسع عشر، ثم بدأت تخرج عليه تحقيقاً لمبدأ المساواة، فالدستور الفرنسي يجعل رئيس الجمهورية مسؤولاً جنائياً في حالة واحدة هي حالة الخيانة العظمى، ودستور تشيكوسلوفاكيا قبل الحرب الأخيرة أجاز التحقيق مع رئيس الجمهورية في حالة الخيانة العظمى، والدستور البولندي الذي وضع بعد الحرب سنة ١٩١٤ جعل رئيس الجمهورية

ويمكن القول أن القوانين الوضعية تأخذ بنظريات ثلاث في مسؤولية رؤساء الدول عما يرتكبون من جرائم: فالنّظرية الأولى لا تجعل الرئيس مسؤولاً عن أية جريمة ارتكبها. والنّظرية الثانية تجعله مسؤولاً عن بعض الجرائم دون البعض الآخر. والنّظرية الثّالثة تجعله مسؤولاً عن كل الجرائم التي يرتكبها[1].

كان ما سبق مسؤولية رؤساء الدول في القوانين الوضعية وما قابله مسؤولية الإمام خليفة المسلمين، وقد تم بحث مسؤولية الولاة والقضاة في الفقه الإسلامي، وذلك لأن كلاً من هذين الصنفين يمكن أن يصدر عنه أحكام قضائية، كما أن كليهما نوع ولاية دون ولاية الإمام الأعظم، إلا أنّه في القوانين الوضعية القضاة وحدهم المختصون بإصدار الأحكام القضائية، فما مسؤولية القضاة عن أحكامهم القضائية؟

فقد عرفت مسؤولية القاضي منذ القانون الروماني، الذي جعل على القاضي عدة واجبات مثل الحضور للقضاء، والقضاء بأيام معينة، وإصدار الحكم بمواعيد محددة، وكان يترتّب على تخلّفه عن أحد واجباته الوقوع في المسؤولية وهي تحميله لمخاطر الخصومة، فكانت الخصومة تعد خصومته، والحكم يصدر ضده، ثم بعد فترة منح البريتور للخصم دعوى تعويض ضد القاضي، حسب خطئه إن كان ناشئاً عن إهمال أو عن عمد. كما عرفت هذه المسؤولية القوانين الجرمانية خاصة قانون ساليك، وكان القاضي مصدر الحكم يقف مدافعاً عن حكمه، وفي العهد الإقطاعي كان القاضي يدافع عن حكمه عن طريق المبارزة والتي حسب نتيجتها يكون نتيجة حكمه[2].

ثم استمر التطور التّاريخي حتى القانون الفرنسي، فبعد إلغاء المبارزة القضائية، كان الطّعن في الحكم يوجه ضد القاضي الذي عليه لمحكمة أعلى منه درجة، وعليه الحضور للدفاع عن حكمه، ثم في عام ١٥٤٠، بأمر صادر من فرانسوا الأول تقررت التّفرقة بين مخاصمة القاضي والطّعن في الحكم، كما تقرر عدم السماح بمخاصمة القاضي إلا لأسباب[3].

مسؤولاً جنائياً في حالة الخيانة العظمى والاعتداء على الدستور، كما جعله مسؤولاً إذا ارتكب جريمة عادية، واشترط لمحاكمته إذن البرلمان وأغلبية خاصة. أنظر: عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، ج١، ص٣١١

(١) عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، ج١، ص٣١٢

(٢) والي، **قانون القضاء المدني** ، ج١، ص٣٣٨

(٣) والي، **قانون القضاء المدني** ، ج١، ص٣٣٧-٣٣٨

وهذا القانون الفرنسي القديم هو أساس نظام المخاصمة الذي انتقـل للقـانون الحـديث، والذي كقاعدة عامة كل عمل يحدث ضرراً يؤدي إلى مسؤولية فاعله عـن التّعـويض، إلا أن طبيعة عمل القاضي تعرضه للملاحقة بشكل كبير من قبل أحد الخصمين، ما يؤدي إلى انشـغاله عن القضاء بالدفاع عن نفسه، عدا عن تأثّره في قضائه، مما يؤدي إلى تعطّـل مرفـق القضـاء، وللتوسط بين الأمرين فقد حدد القانون حالات تحمل القاضي مسؤوليته وجـواز مخاصـمته(١)، وهذه الحالات هي :-

١. حالة إنكار العدالة، أي الامتناع عن إحقاق الحقّ(٢)، كالامتناع عن الإجابة علـى عريضـة، أو الفصل في قضية صالحة للحكم(٣).
٢. إذا وقع من القاضي خداع أو غشّ أو رشوة(٤).
٣. ارتكاب القاضي خطأ مهنياً جسيماً(٥)، ويعرف الخطأ الجسيم بأنّه الخطأ الذي يرتكبه القاضـي لوقوعه في غلط فاضح ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي(٦).

ويترتّب على قبول دعوى مخاصمة القاضي وصحتها نتيجة إجرائية وهي بطلان العمـل الذي حدث من أجله إنكار العدالة، أو بطلان القرار المبني على الخداع أو الخطأ، وكـذلك نتيجـة مدنية، المتعلّقة بالمسؤولية المدنية للقاضي، والحكم عليه بالتّعويض المناسب للمدعي(٧).

كما أن دعوى المخاصمة يمكن أن توجه إلى قضاة الحكم يمكن أن توجه إلى أعضاء النّيابة العامة، وكما يمكن أن تقام على قاضٍ واحد يمكن أن تقام على الهيئة الحاكمة بأكملها(٨). أما بالنّسبة لسائر أعوان القضاة فإن نشاطهم يخضع للقواعد العامة للمسؤولية المدنية(٩).

---

(١) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٣٣٥
(٢) مسلم، **قانون القضاء المدني**، ص٧٤
(٣) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٢٩١
(٤) مسلم، **قانون القضاء المدني**، ص٧٤
(٥) مسلم، **قانون القضاء المدني** ، ص٧٥
(٦) والي، **قانون القضاء المدني** ، ج١، ص٣٤١
(٧) مسلم، **قانون القضاء المدني** ، ص٧٤
(٨) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص ٣٤٥ ، مسلم، **قانون القضاء المدني** ، ص٧٦
(٩) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٢٩١

ولاية المظالم

راعى نظام القضاء في الإسلام مخاصمة الولاة والحكام، فكما سبق بحثه فلا أحد في الإسلام معصوم، ولا أحد فوق القانون والقضاء، فكان من التّنظيم القضائي الإسلامي ولاية المظالم وهي سلطة قضائية فوق سلطة القاضي والمحتسب؛ فوالي المظالم أو صاحب المظالم ينظر ويفصل في النّزاع بين عامة النّاس والولاة والجباة والحكّام والقضاة والأمراء والخلفاء وأبناؤهم [١].

ويعرف نظر المظالم بأنّه: قود المتظالمين إلى التّناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التّجاحد بالهيبة[٢]. أو هي عبارة عن كل حكم يعجز عنه القاضي فينظر فيه من هو أقوى منه يداً. وذلك أن التنازع إذا كان بين ضعيفين قوى أحدهما القاضي، وإذا كان بين قوي وضعيف أو قويين والقوة في أحدهما بالولاية كظلم الأمراء والعمال[٣].

وقد اختلفت وجهة النّظر في أن ولاية المظالم محدثة أم أنّها كانت موجودة على زمن الرسول ﷺ ، فذهب البعض إلى أن ولاية المظالم أحدثها من تأخر من الولاة لفساد الولاية وفساد النّاس، فهذا مما نصب له الخلفاء أنفسهم، وأول من جلس إليه عبد الملك بن مروان فرده إلى قاضيه إدريس الأودي[٤]، ثم جلس له عمر بن عبد العزيز فرد مظالم بني أمية على المظلومين، إذ كانت في أيدي الولاة والعتاة الذين تعجز عنهم القضاة، ثم صارت سنّة فصار بنو العباس يجلسون لها[٥] .

بينما ذهب آخرون إلى أنّها منذ زمنه ﷺ وأنّه نظر المظالم في الشّرب الذي تنازعه الزبير بن العوام- رضي الله عنه- ورجل من الأنصار فحضره بنفسه فقال للزبير : اسق أنت

---

(١) الدوري، قحطان عبدالرحمن، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، ط١، دار الفرقان، عمان، ٢٠٠٢، ص٢٧

(٢) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٩٨

(٣) ابن العربي، محمد بن عبد الله، (ت٥٤٣هـ). **أحكام القران** ، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت، ج٤، ص٦١ .

(٤) القرافي، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، ص٥١

(٥) ابن العربي، **أحكام القرآن** ، ج٤، ص٦١

يا زبير ثم الأنصاري فقال الأنصاري: إنّه لابن عمتك يا رسول الله فغضب من قوله، وقال: يـا زبير أجره على بطنه حتى يبلغ الماء إلى الكعبين }[١] .

إن ولاية المظالم من أجل مناصب القضاء وإن من يتولّى هذا المنصب يجب أن يتّصـف زيادة عما يتّصف به القاضي العادي بجلالة القدر ونفاذ الأمر وعظمة الهيبة؛ لأنّه يحتـاج فـي نظره إلى سطوة الحماة وثبت القضاة[٢].على أنّها في أصل وضعها داخلة في القضاء [٣].

ثم إن عمل والي المظالم على ضربين، أولهما: النّظر فيما عجز القضاة وولاية الحسـبة عن فصله وتنفيذه، فله إنشاء الحكم في المختلف فيه وله تنفيذ الأحكام المجمع عليهـا إذا ثبتـت أسبابها[٤].

وثانيهما: باختصاصات مكون له ابتداء[٥], وإن من اختصاصات والي المظالم : النّظر في تعدي الولاة على الرعية، و في جور العمال فيما يجبونه من الأموال وفي جور كتاب الدواوين, فيما أؤتمنوا عليه، وفي تظلّم المسترزقة من نقص أرزاقهم, أو تأخرها عنهم، وإجحاف النّظـر بهم , فيرجع إلى ديوانه في فرض العطاء العادل , فيجريهم عليه، وفي رد الغصوب سواء كانت غصوب سلطانية تغلّب عليها ولاة الجور، أو غصوب تغلّب عليها ذوو الأيدي القوية [٦].

ويرفع الدعوى إلى والي المظالم، لم يخلُ حالها من ثلاثة أحوال : إما أن يقترن بها مـا يقويها، أو يقترن بها ما يضعفها، أو تخلو من الأمرين, فإن لشواهد الحال في المظالم تأثيراً في اختلاف الأحكام، ولكلّ حال منها في الإرهاب حد لا يتجاوزه تمييزاً بـين الأحـوال بمقتضـى شواهدها[٧]، ولوالي المظالم ما للقضاة، إلا أنّه أفسح حالاً منهم لأنّه له الأخذ بالقرائن وشـواهد الأحوال[٨].

---

(١) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٩٨-٩٩

(٢) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص١٤٥

(٣) ابن العربي، **أحكام القرآن** ، ج٤، ص٦١ .

(٤) القرافي، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، ص٥١

(٥) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص١٤٥

(٦) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص١٤٨-١٥١

(٧) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص١٠٦-١١١

(٨) القرافي، **الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام**، ص٥١

مقارنة بين الشّريعة والقانون:

توسعت الشّريعة الإسلامية في نظام القضاء الإداري المتمثّل بولاية المظالم، حتى أن المسؤولية المدنية والجنائية طالت الإمام الأعظم رئيس الدولة، إلا أنّه في القانون الوضعي بدأ بإعفاء رؤساء الدول من هذه المسؤولية، وانتهت في أغلبية القوانين إلى إعفائهم وبعضها تحميلهم أنواع محددة من الجرائم الكبرى، والقلّة القليلة إلى مساءلتهم مساءلة كاملة.

تشابه رأي فقهاء الحنابلة إلى حد ما مع رأي أهل القانون في تحميل القاضي المسؤولية المدنية عن قضائه في مسائل محددة، رغم اختلاف كل منهما في هذه المسائل، إلا أن جمهور فقهاء الشّريعة الإسلامية لم يخضعوا القاضي للمسؤولية المدنية النّاتجة عن عمله، للاعتبارات الوجيهة التي تم ذكرها .

وبالرغم من إعطاء كل من الشّريعة والقانون والي المظالم والقضاء الإداري سلطة وصلاحية تفوق سلطة وصلاحية القاضي العادي، إلا أن نظر والي المظالم اتّسع وفاق اختصاصات القضاء الإداري، بينما أعطى القانون القاضي الإداري سلطة وصلاحية أكبر من والي المظالم، فبينما القاضي الإداري لا قانون يحكمه في إجراءاته بل المبادئ وضمانات العدالة، فإن والي المظالم رغم السلطة الواسعة له في التّرهيب والزجر والتّرغيب وحفظ التّوازن بين القوي والضعيف، إلا أنّه ملتزم بتطبيق القواعد الأساسية التي تحكم إجراءات الخصومة، التي حددتها الشّريعة .

النوع الثاني: الخصومة التحكيمية

يعد التّحكيم الوسلية الأقدم لحلّ المنازعات وفصل الخصومات، وذلك يعرف بقليل النّظر ولا يحتاج إلى تأمل عميق، إذ أن وجود الإنسان سابق لوجود الدولة فكان وجود التّحكيم سابقاً للقضاء الذي لا يتم إلا عن طريق الدولة وسلطتها على أفرادها .

وإن وسيلة التّحكيم لا تقلّ أهمية في فض المنازعات عن وسلية القضاء، ووتتعاظم أهمية وسلية التّحكيم في فض المنازعات في العصور الفاضلة، حيث كان النّزاع يثور حول جهل طرفيه أيهما الحقّ في جانبه لا عن لدد وظلم[1]؛ لذلك كان من اليسير اتّفاق طرفي النّزاع على

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، دار المعرفة، ج١٦، ص٧٣ .

من يثقون بأمانته وعلمه وتقواه لإخبارهما أيهما الحقّ لجانبه، فكلاهما يبحث عـن الحـقّ ومـا يكون من الآخر إلا الامتثال والطّاعة .

لذلك فقد اهتمت الشّريعة الإسلامية بهذه الوسلية العظيمة في ذاتها والعظيمة فـي غايتهـا وما تحققه من أهداف تعود على المجتمع بالأمن والاستقرار، وذلك بدأ بعصر النّبوة وما تلاه من عصور حتى هذه الأيام رغم انحسار نطاقها كلما ابتعدنا عن عصر النّبـوة والعصـور الأمثـل فالأمثل، لما بيناه من التّناسب الطردي بين اتّساع نطاقها وأمثلية العصور، وتناسبها العكسي بين اتّساع نطاقها وفساد العصور والذّمم .

المسألة الأولى: تعريفها ومشروعيتها وأحكامها

أولاً- تعريف التحكيم:

التحكيم لغة : يقال حكّمت الرجل بالتّشديد: فوضت الحكم إليه، وتحكّم في كذا: فعـل مـا رآه، وأحكمت الشيء بالألف: أتقنته فاستحكم هو صار كذلك[١].

التحكيم اصطلاحاً : لم يبتعد كثيراً فقهاء المسلمين في تعريفهم للتّحكيم عن معناه اللّغـوي، فعرفه ابن نجيم بقوله: "فهو توليةُ الْخصمين حاكماً يحكم بينهما"[٢]، وكثير من الفقهـاء عرفـوه بذلك[٣].

وتم تعريفه في مجلّة الأحكام العدلية بأنه: "اتّخاذ الخصمين حاكمـاً برضـاهما لفصـل خصومتهما ودعواهما"[٤]. وقد بين الفقهاء أنّه عقد، وقد وفصلوا شروطه وأركانه[٥].

---

(١) الفيومي، أحمد بن محمد بن علي،(ت:٧٧٠هـ). **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، ط١، المكتبـة العلمية بيروت ، ص١٤٦

(٢) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٤

(٣) الطرابلسي، علاء الدين أبو الحسن علي بن خليل، **معين الحكام فيما يتردد بين الخصـمين مـن أحكام**، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٣٠٠هـ، ص٢٥، ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختـار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٤٢٩

(٤) مادة ١٧٩٠، حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، ج٤، ص٥٧٨

(٥) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٤

وقد بين فقهاء الشريعة الإسلامية الضابط الذي يميز الخصومة التحكيمية عن الخصومة القضائية وهو أن الأولى مستمدة سلطتها في حسم النزاع من إرادة المتخاصمين، يقول ابن فرحون: "وأما ولاية التّحكيم بين الخصمين : فهي ولاية مستفادة من آحاد النّاس , وهي شعبة من القضاء متعلّقة بالأموال دون الحدود والقصاص"(١) .

تعريف التّحكيم في القانون

أورد فقهاء القانون تعريفات عديدة للتّحكيم، إلا أنّهم لم يخرجوا عن الاتّجاه الذي سار عليه فقهاء المسلمين من التّركيز على زاوية ومرحلة من مراحله وهو الرضا والاتّفاق، ولم يتعرضوا له كنظام(٢).

وقد خلص الضراسي في رسالته إلى تعريف التّحكيم بأنّه:" نظام للفصل في المنازعات عن طريق اتّفاق أطراف علاقه قانونية معينه على إحالة النّزاع الواقع أو المحتمل الوقوع على محكّم، أو هيئة تحكيم، أو مركز من مراكز التّحكيم للفصل فيه بحكم ملزم لأطرافه دون المحكمة المختصة، ويتضمن الاتّفاق تعيين أسماء المحكّمين أو تحديد الجهة التي يعهد إليها بذلك"(٣)

مقارنة بين الشريعة والقانون

نلاحظ من تعريفات فقهاء الشّريعة وأهل القانون أن تعريفهم للتّحكيم كان منصباً على العموميات، بأن هناك وسيلة أخرى غير القضاء يمكن اللجوء إليها لحلّ النّزاع، عن طريق الاتّفاق على محكّم أو هيئة تحكيمية، ولم أجد عند أي منهم تعريفاً للخصومة التحكيمية والتي لا يمكن حلّ النّزاع إلا من خلالها، كما هو الحال في القضاء فالتّحكيم: نظام منضبط يقوم على إجراءات دقيقة توصل إلى حسم النّزاع أو فصل الخصومة. وعليه أرى أن تعرف الخصومة التحكيمية في الشّريعة والقانون بأنّها: **(مجموع الإجراءات المؤدية لظهور الحق لدى جهة مستمدة سلطتها من إرادة المتنازعين ، والملتجأ إليها لحسم النزاع وفقه).**

---

(١) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١، ص٢٠

(٢) الضراسي، عبدالباسط محمد عبد الواسع، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم دراسة تحليلية مقارنة**، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٧

(٣) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٢١

ثانياً: مشروعية التّحكيم

وجد التّحكيم قبل الإسلام وعرفه العرب وعملوا به لفض منازعاتهم وقد اشتهر أنـاس عرفوا برجاحة العقل وسرعة البديهة والعدل والصلاح، أخذ المتنازعون باللجوء إليهم ليفضـوا منازعاتهم[١]. وحيث إن المقصود الأول للشّريعة الإسلامية هو إقامة العدل وفض المنازعـات، فقد أوجدت لهذا المقصود الأعظم سبلاً يتحقّق بها ومنها التّحكيم، فقد منحت الشّريعة الإسـلامية لأفرادها حقّ فض منازعاتهم بالطّرق التي يستصلحونها والتي تقصرهم عن سلطة الدولـة فـي ذلك لما قد يجدونه من اللجوء إلى التّحكيم بدلًا من القضاء من فوائد ومنها سرعة فض منازعتهم بسبب تفرغ المحكّمين للفصل في خصومة معينة بعيداً عن تزاحم القضايا عند القاضي، وتجنّب تكبد نفقات القضاء من رسوم قضائية، وأجور محاماة، وخبرة، وقد يكون في التّحكيم تلافياً للحقد بين الخصمين؛ لأنّه ناشئ من تراضي منهم بداية فيكون أقرب للقبول نهاية، سيما وأن خصومة التّحكيم يمكن تحديد أمدها من قبل الخصمين، وعلى المحكّمـين إنهـاء النّـزاع خـلال المـدة المحددة[٢].

ولذلك كانت مشروعية التّحكيم بالكتاب والسنّة والإجماع. ومن الكتاب قوله تعـالى: "**وإن خِفْتُم شِقَاقَ بينِهما فَابعثُوا حكما مِن أَهلِهِ وحكما مِن أَهلِها إِن يريدا إِصلاحا يوفِق الله بينَهمـا إِن الله كان علِيما خَبِيرا**"[٣]. فَكان الحكم من الْحكمين بِمنزِلَة حكمِ الْقَاضي المقَاد.

وأما السنّة المطهرة, { أن أبا شُريح هانئ بن يزيد- رضي الله عنه- لما وفد إلى رسـول الله ﷺ مع قومه , سمعهم يكنّونه بأبي الحكم . فقال له رسول الله ﷺ : إن الله هو الحكم . وإليه الحكم , فلم تكنّى أبا الحكم ؟ فقال : إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتـوني , فحكمـت بيـنهم , فرضي كلا الفريقين . فقال رسول الله ﷺ : ما أحسن هذا . فما لك من الولد ؟ قال : لي شُريح

(١) الدوري، قحطان عبدالرحمن، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، ط١، دار الفرقان، عمان، ٢٠٠٢، ص٤٠

(٢) الدوري، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، ص٣٣

(٣) سورة النساء، الآية ٣٥

, ومسلم , وعبد الله . قال : فما أكبرهم ؟ قلت : شُريح . قال : أنت أبو شُـريح . ودعـا لـه ولولده}[١] .

وأما الإجماع , عن عامر أن أبي بن كعب وعمر بـن الخطـاب- رضـي الله عنهمـا- اختصما في شيء فحكّما زيد بن ثابت -رضي الله عنه- فأتياه في منزله، قال زيد- رضـي الله عنه- هلّا أرسلت إلي يا أمير المؤمنين، قال عمر- رضي الله عنه-: في بيته يؤتى الحكـم [٢]. وقد وقع مثل ذلك لجمع من كبار الصحابة , ولم ينكره أحد فكان إجماعاً[٣].

مشروعية التحكيم في القانون

حقّ الالتجاء إلى القضاء من الحقوق العامة التي لا يجوز النّزول عنها، ويعـد النّـزول عنه باطل لمخالفته للنّظام العام، ولكن قد يلجأ الأفراد إلى التّحكيم الاختياري، والالتجـاء إلـى التّحكيم لا يعد نزولاً عن حقّ الالتجاء إلى القضاء، وإنّما هو رغبة الأفراد في فض منازعـاتهم عن طريق التّحكيم، وإذا لم يتحقّق لهم ذلك فلهم الحقّ في الالتجاء إلى القضاء بمعنى أن الدعوى حقّ وليست واجباً[٤] .

فالأصل في مشروعية التّحكيم أنّه يعد تصرفاً قانونياً، فرغم وجود المحاكم التي تنشـؤها الدولة ، إلا أن اللجوء إلى التّحكيم باختيار الخصوم لمحكّمين لفض النّزاع بينهم جائز، إعمـالاً لمبدأ سلطان الإرادة، ما دامت هذه الإرادة لا تتعارض مع النّظام العام في الدولة، فالتّحكيم هـو استثناء من القاعدة العامة التي تجيز للأفراد الالتجاء إلى المحاكم[٥]. كمـا ويقـال أن لـلإرادة

---

(١) أبو داود، **سنن أبي داود/** كتاب الأدب / باب في تغيير الإسم القبيح/ ح ٤٩٥٥ ص٩٨٠ / الحديث صحيح (بنفس اللفظ ما عدا آخر جملة " ودعا له ولولده ") غير موجودة في سنن أبي داود ، الحاكم، **المسـتدرك على الصحيحين**، ج١، ص٣٠ ، النسائي، **سنن النسائي الكبرى**، ج١٠، ص٨٤

(٢) السرخسي، **المبسوط**، دار المعرفة، ج١٦، ص٧٥ ،البيهقي، **السنن الكبرى،** باب ما جاء بالتحكيم، حـديث رقم ٢٠٢٩٩.

(٣) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية ، ج٦، ص٢٦٨، الرملـي، **نهايـة المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٨، ص٢٤٣ ، القليوبي، الشيخ شهاب الدين والشيخ عميرة. **حاشيتا قليـوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج**، دار إحياء الكتب العربية، بيروت، ج٣، ص١٠٠

(٤)المتيت، أبو اليزيد علي، **الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي**، ط٢، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، ص١٣

(٥) المتيت، أبو اليزيد علي، **الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي**، ص٢٤٣

ساطان ويمكن الكلام عن مبدأ سلطان الإرادة وحيث لا يكون هناك سـلطان لـلإرادة لا نكـون بصدد تصرف قانوني، وحيث يوجد السلطان وتكون الإرادة حرة فـإن العمـل يعـد تصـرفاً قانونياً[1].

ثالثاً: ما يجوز به التّحكيم من الحقوق

اتّفق فقهاء الشّريعة الإسلامية في الجملة على جواز التّحكيم في الأموال سوى الدية، وذلك لأنّها حكم على العاقلة، ولا سلطة للمحكّم على غير المتحاكمين[2] .

وذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والماليكّة والحنابلة في رواية إلى عدم جواز التّحكيم في حقوق الله وفي القصاص[3]، إلا في رواية عن الإمام أحمد بجواز التّحكيم في كل ما يجوز بـه القضاء[4]، أما الشّافعية فقد اتّفقوا مع الجمهور في عدم جوازه في حقوق الله من حد أو تعزيـر فقط وأجازوه في القصاص[5]. وحجة الجمهور في ذلك أن استيفاء الحدود مما يستقلّ به الإمام، ولأن الحدود تندرئ بالشّبهات؛ فحكم المحكّم ليس بحجة في حقّ غير الخصوم, فكان فيه شبهة. ولا يجوز في القصاص، لأن التّحكيم بمنزلة الصلح، والإنسان لا يملك دمه حتى يجعله موضعاً للصلح[6].

---

(١) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٦٩٢

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١١٢، ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ص٦٣، الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية ، ج٦، ص٢٦٨، الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٨، ص٢٤٣ ، قليوبي وعميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلـي علـى المنهـاج** ج٣، ص١٠٠، المرداوي، **الإنصاف** ، ج١١، ص١٩٩

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١١٢، ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ص٦٣، المرداوي، **الإنصاف** ، ج١١، ص١٩٩

(٤) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٣٨

(٥) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية ، ج٦، ص٢٦٨، الرملـي، **نهايـة المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٨، ص٢٤٣ قليوبي وعميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة على شـرح المحلـي على المنهاج**، ج٣، ص١٠٠

(٦) البابرتي، محمد بن محمود، (ت:٧٨٦هـ). **العناية شرح الهدايـة** ،دار الفكـر، بيـروت، ج٧، ص٣١٩، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١١٢

ولم يجز الحنفية التّحكيم في اللّعان[١]، وأما المالكية , فلم يجيزوا التّحكيم فـي: الرشـد , وضده , والوصية , والحبس، والنّسب, والولاء، ومال اليتيم, والطّلاق, والعتق, واللّعان؛ لأنّهـا إما حقوق يتعلّق بها حقّ الله تعالى, أو حقوق لغير المتحاكمين , كالنّسب , واللّعـان[٢]، كمـا أن الحنابلة لم يجيزوا التّحكيم في اللّعان والنّكاح[٣].

ما يجوز به التّحكيم في القانون

حددت القوانين الوضعية المنازعات التي يجوز اللجوء للتّحكيم في حسمها، ولم يعط حـقّ اللجوء للتّحكيم في جميع المنازعات، وقد ربطت أغلب التّشريعات في جواز التّحكيم مـن عـدم جوازه بالنّسبة للمنازعات بين قابلية هذه المنازعات للصلح أو عدم قابليتها، فكلّ المنازعات التي يجوز الصلح فيها جاز التّحكيم فيها كذلك، وما لم يقبل الصلح من المنازعـات لـم يجـز فيـه التّحكيم[٤].

فلم تُجِز القوانين التّحكيم في مسائل الأحوال الشّخصية، ولا في المسائل المتعلّقة بالنّظـام العام، ولا في المسائل الجنائية، ولا في المنازعات المتعلّقـة بـإجراءات التّنفيـذ ورد القضـاة والمسائل المستعجلة، ولا في المنازعات المتعلّقة بمسائل الحالـة والأهليـة، ولا فـي مسـائل الإفلاس، ولا في مسائل الملكية الفكرية[٥].

رابعاً: اتّفاق التّحكيم

ويبرم اتفاق التحكيم في حال قيام نزاع, على حقّ من الحقوق التي يجوز فيهـا التّحكـيم، وتراضي طرفيه على انتخاب محكّم ليحسمه بينهما وقبول حكمه ,ما لم يكن معينـاً مـن قبـل القاضي فلا يشترط رضاهما به, لأنّه نائب عن القاضي، ويشترط اتّفاق المحكّم على قبول مهمة التّحكيم، وباتّفاق إرادة المتخاصمين على المحكّم وإرادة المحكّم على قبول التّحكيم يتشـكّل مـا يسمى اتّفاق التّحكيم أو عقد التّحكيم وركنه اللفظ الدال عليه، من إيجاب وقبـول، وقـد يكـون

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١١٢
(٢) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ص٦٣
(٣) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٣٨
(٤) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص١٣٠
(٥) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص١٣١-١٤٠

الإيجاب من المتخاصمين كما لو قالا: حكّمناك بيننا. فأجابهما: قبلت. وقد يكون الإيجـاب مـن المحكّم، بأن يقول لها: أحكم بينكما، فأجابا نقبل. كما أنّه قد يكون صراحة وقد يكون دلالة بـأن يختصما إلى رجل فيحكم بينهما[١].

وللخصمين أن يقيدا التّحكيم بشرط، كأن يحكم بينهما في يوم معين أو في زمان أو مكان أو أن يستفتي الفقهاء. إلا أن تعليق التّحكيم على شرط وإضافته إلى وقت, غير جائز كما لو قالا لعبد: إذا أعتقت فاحكم بيننا, أو قالا لرجل : جعلناك حكماً على رأس الشهر[٢].

اتّفاق التّحكيم في القانون

من المتّفق عليه عند فقهاء القانون على أن التّحكـيم هـو: عقـد يـتم بـين الأطـراف المتخاصمين بعد حدوث النّزاع[٣]، بناء على مبدأ سلطان الإرادة، وحرية الأفراد في إبـرام مـا يشاؤون من العقود شريطة عدم مخالفتها للنّظام العام[٤]، ويستوجب هذا العقد ما يستوجبه بـاقي العقود من إيجاب وقبول وغيرها .

كما يمكن أن يكون الاتّفاق على التّحكيم قبل حدوث النّزاع بما يعرف بشرط التّحكـيم أو مشارطة التّحكيم، ، ويكون ذلك باتّفاق الأطراف على إحالة ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقـد أو تنفيذه إلى محكّم يفصل فيه ، وقد يرد الشّرط في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، أو في اتّفاق لاحق، بمعنى تنازل المتعاقدين مسبقاً قبل حدوث النّزاع بينهم عـن اللجـوء إلـى المحاكم[٥].

---

(١) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٤٢٩

(٢) حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الاحكام**، ج٤،ص٦٩٧ وما بعدها ، ابن عابدين، **رد المحتـار علـى الـدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٤٢٩

(٣) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٦٥

(٤) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٦٩٢، المتيت، أبو اليزيد علي، الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي، ص٢٤٣

(٥) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٧٨

خامسا: الرجوع عن التّحكيم

اتّفق جمهور الفقهاء من الحنفية[(١)] والمالكية[(٢)] والشّافعية في الأظهر عندهم[(٣)] والحنابلة[(٤)] على عدم جواز رجوع أحد الخصمين عن التّحكيم بعد صدور الحكم، لأن ولاية المحكّم عند إصداره الحكم نافذة، فهو كالقاضي المعزول بعد الحكم، فحكمه نافذ، كما أنّه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه رجع فبطل مقصود التّحكيم.

واختلفوا في جواز الرجوع قبل صدور الحكم فذهب الجمهور من الحنفية والشّافعية والحنابلة، إلى جواز رجوع أحد المتخاصمين عن التّحكيم قبل صدور الحكم، وأن ذلك بمثابة عزل أحدهما للمحكّم [(٥)].

وذهب المالكية : إلى عدم جواز رجوع أحدهما عن التّحكيم قبل صدور الحكم، ويتعين على المحكّم أن يحكم , وجاز حكمه بعد رجوع أحدهما[(٦)].

الرجوع عن التّحكيم في القانون

اعتبر القانون عقد التّحكيم من العقود الملزمة لطرفيه ويصبح شريعة المتعاقدين، أي بمثابة القانون بالنّسبة لهما ويجب تنفيذ ما جاء فيه، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتّفاق

---

(١) البابرتي، **العناية في شرح الهداية** ، ج٧،ص٣١٨، ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٤٣٠

(٢) الدسوقي، **حاشيته على الشرح الكبير**، دار إحياء الكتب العربية، ج٤، ص١٤١-١٤٢

(٣) البجيرمي، سليمان بن محمد المصري، (ت:١٢٢١هـ). **تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)**، دار الفكر، بيروت، ج٤،ص٣٨٦، الأنصاري، زكريا بن محمد، (ت:٩٢٦هـ). **أسنى المطالب شرح روض الطالب** ، ط١، دار الكتاب الإسلامي، ج٤،ص٢٨٩

(٤) المرداوي، **الإنصاف**، ج١١، ص٢٠٠

(٥) حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الاحكام**، ج٤، ص١١٤، البابرتي، **العناية في شرح الهداية**، ج٧،ص٣١٨، ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٤٣٠، البجيرمي، **تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)**، ج٤،ص٣٨٦، الأنصاري، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ج٤،ص٢٨٩، المرداوي، **الإنصاف**، ج١١، ص٢٠٠

(٦) الدسوقي، **حاشيته على الشرح الكبير**، ج٤، ص١٤١-١٤٢

الطرفين[١]. أي أنّه لا يجوز لطرفي المشارطة الرجوع عن تعيين المحكّم، سواء قبـل صـدور الحكم، أو بعد صدوره.

سادساً: عزل المحكّم

ينعزل المحكّم بانتهاء مهمته بصدور حكم، أو بفقده لأهلية التّحكيم، أو بعزلـه مـن قبـل المتخاصمين أو أحدهما يقول حيدر: "لكلّ من الطّرفين عزل المحكّم قبل الحكم أي سـواء كانـا متّفقين معاً أو كان العزل من أحدهما ولم يرض الآخر؛ لأنّه لما كان المحكّم مقلّداً من الطّـرفين جاز عزله منهما، كما جاز عزل القاضي من قبل السلطان قبل الحكم ، وعلـى ذلـك فيكـون التّحكيم من العقود غير اللازمة في حقّ الطّرفين[٢].

عزل المحكّم في القانون

عدت القوانين تعيين المحكّم أو الجهة التي يوكل إليها التعيين، ركناً من أركـان الاتّفـاق على التّحكيم، ويترتّب على ذلك أنّه لا يجوز لأحد أطراف النّزاع عزل المحكّم أو المحكّمـين أو أحدهم أو تغيير الجهة التي تم الاتّفاق عليها لاختيار المحكّمين[٣].

سابعاً: نقض حكم المحكّم

فإذا اختلف الخصمان بعد حكم المحكّم، بأن رضي به أحدهم ولم يرض الآخر ، و رفـع حكم المحكّم إلى القاضي فإن وافق الحقّ ووافق رأيه أمضاه ; لأنّه لو نقضه احتاج إلى إعادتـه في الحال , وإن كان لا يوافق الحقّ أُبطل , وكذلك إن كان رأيه لا يوافق رأيه في المجتهـدات فإنّه يبطله بمنزلة إصلاح الخصمين ; لأن رضاهما بحكمه لا يكون حجـة الإلـزام فـي حـقّ القاضي[٤] .

---

(١) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص١٧٣-١٧٤

(٢) حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الاحكام**، ج ٤، ص١١٤

(٣) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص١٧٦

(٤) المتيت، **الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي**، ص٣١١

نقض حكم المحكّم في القانون

تتفاوت التّشريعات في السماح بالطّعن في الحكم الصادر عن التّحكيم لدى محكمة الإستئناف بين مجيز ومانع، إلا أنّه يجوز الطّعن في أحكام المحكّمين أمام المحكمة المختصة، إما بطلب طرح النّزاع من جديد أمام المحكّم، وإما بطلب بطلان حكم المحكّم، فلكل طرف من أطراف النّزاع أن يطعن أمام المحكمة المختصة في الحكم كلّه أو في جزء منه[١].

المسألة الثانية: طبيعة الخصومة التّحكيمية

طبيعة التّحكيم في الشّريعة الإسلامية، أنّه عقد بين المتخاصمين والمحكّم على إجراء التّحكيم ، إلا أن هذا العقد من العقود غير اللازمة، التي يجوز فسخها من قبل العاقدين، كما يجوز فسخها من أحدهما منفرداً، إلا أنّه رغم هذه الطبيعة العقدية للتّحكيم، وما للخصمين والمحكّم من حرية وإرادة في تكوين هذا العقد، إلا أن هذه الإرادة مقيدة ببعض الضوابط الشّرعية، والتي من شأنها أن تنظّم هذه العملية شبه القضائية، فاشترط في المحكّم أن يكون ذا صفات معينة من أهمها: أن يكون أهلاً لولاية القضاء[٢] ،وأن يكون التّحكيم في أمور معينة، وأن يتم فصل الخصومة وفق ما قررته الشّريعة من قواعد وإجراءات، وإلا كان الحكم عرضة للنّقض.

طبيعة التّحكيم في القانون

تعددت النّظريات في هذه المسألة فقد انقسموا في ذلك إلى أربع نظريات:

---

(١) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٧٨

(٢) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٤٣٢، وفي ذلك يقول حيدر: أن يكون الحكم أهلاً للشّهادة كما هو مشروط في القاضي انظر المادة " ١٧٩٤ " لأن الحكم هو بمنزلة القاضي المولى من طرف السلطان للحكم بين الطّرفين ،فلذلك يجب أن يكون المحكّم حائزاً على الشروط المشروط وجودها في القاضي . فكما أنّه لا يجوز أن يكون الصبي والعبد والأعمى والمحدود في القذف قضاة لا يجوز أيضاً أن يكون هؤلاء محكّمين، انظر حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ج ٤،ص٨٢.

أولاً- النّظرية العقدية:

ويرى أصحاب هذه النّظرية أن التّحكيم ذو طبيعة تعاقدية، لأنّه قائم على التّعاقد والاتّفاق، وهذا يسري منذ بداية التّحكيم وهو الاتّفاق على التّحكيم في الخصـومة التّحكيميـة إلـى حكـم المحكّمين، فلا انفصال بين اتّفاق التّحكيم وحكم المحكّمين، لأن حكم المحكّمـين يسـتمد قوتـه ومادته من اتّفاق التّحكيم الذي يتضمن تحديد نطاق التّحكيم الشّخصي والموضـوعي والقـانون والإجراءات الواجب تطبيقهما [١].

ويرد على هذه النّظرية

مبالغتها في دور الإرادة لأطراف النّزاع وإسباغها على جميع مراحل التّحكيم ، وإن كانت المرحلة الأولى منه كذلك، فكيف يبرر أصحاب هذه النّظرية جواز الطّعن بالاستئناف على عمل تعاقدي، كما أن الالتجاء إلى القضاء يستند على إرادة الخصوم[٢].

ثانيا النّظرية القضائية للتّحكيم

ويرى أصحاب هذه النّظرية أن طبيعة التّحكيم لها الطّبيعة القضائية، وأن التّحكيم مشتمل على عناصر العمل القضائي، وأن المحكّم في تحكيمه يعد قاضـياً فـي عملـه وهـو فصـل الخصومة، وأن سلطتة مستمدة من إرادة المشرع بالإضافة إلى إرادة طرفـي الخصـومة، وأن حكم المحكّمين يحوز الحجية كما تكون لأحكام القضاة[٣].

ثالثا النّظرية المختلطة:

وينحى أصحابها منحى التفصيل، فلا يطلقون على التّحكيم طبيعة واحدة علـى مجمـوع مراحله كوحدة واحدة ، بل يرون أن طبيعته مختلطة تفصل كل مرحلة من مراحله علـى حـدة وحسب طبيعتها ، فمرحلة الاتّفاق على التّحكيم لها طبيعة تعاقدية، أما مرحلـة الحكـم فتتخـذ

---

(١) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٢٢

(٢) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٢٢

(٣) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٢٣

الطبيعة القضائية [١].

رابعا: النّظرية الاستقلالية للتّحكيم

ويخالف أصحابها جميع النّظريات السابقة، فهم لا يرون أن التّحكيم ذو طبيعة تعاقدية ولا قضائية ولا مختلطة، وإنّما هو نظام مستقلّ لحلّ المنازعات قد ظهر قبل القضاء واستمر بعـده، وهو أداة قانونية لحلّ المنازعات بطرق مختلفة عن القضاء[٢].

المسألة الثالثة: أنواع الخصومة التحكيمية:

من خلال الضابط الذي يصنّف الخصومات ومنها التحكيمية بأن الجهة التي تم اللجوء لها، هي جهة مستمدة سلطة فصل النّزاع من طرفي النّزاع وليست سلطتها ذاتية، فإن هذا الضـابط يندرج على عدة أنواع ، وعليه فإن الخصومة التحكيمية تتعدد لعدة أنواع نسبة للمحكّم، ونسـبة للأطراف .

أولا- بالنّسبة لأطرافها

وتتنوع الخصومة تبعاً لطبيعة أطراف النّزاع المتّفقين على طرح نزاعهم لجهة اختاروهـا بإرادتهم وليست جهة قضائية ، إلى نوعين:

النوع الأول خصومة فردية

والمقصود بالخصومة الفردية: التي يكون النّزاع فيها بين أشـخاص ولـيس بـين دول، فيكون أطراف النّزاع فيها أشخاصاً عاديين سواء انفردوا أو تعددوا ، ويدخل ضمن الأشـخاص العاديين الشخصيات الاعتبارية، كالجمعيات والشركات والمؤسسات .

وسواء كان التّحكيم بين من ينتمون إلى بلد واحد أم كان بـين أجانـب فيطلـق التّحكـيم الوطني على التّحكيم بين الأفراد باتّفاق أو اختلاف جنسياتهم .

---

(١) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم** ، ص٢٦

(٢) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٢٦

ويشترط في طرفي التّحكيم توفّر الأهلية الصحيحة للتّعاقد والتي بدونها لا يصح العقـد، وتتمثّل الأهلية في العقل بأن يكون طرفا الخصومة عاقلين غير محجورين لجنون أو عتـه، وإن كان التّحكيم في نزاع مالي أن لا يكون أحد طرفي الخصومة محجوراً لسفه. وأن يكون طرفـا الخصومة بالغين، أو الصغير المأذون له في التّجارة بإذن وليـه , أو مـن الـولي والوصـي والمحجور عليه بالإفلاس إذا كان ذلك يضر بالقاصر أو بالغرماء(١).

ويجوز التّوكيل بالتّحكيم كما يجوز بالخصومة القضائية إذ يشترط وكالة خاصة، حيث إن الوكيل العام ليس له أهلية التّصرف وله أهليـة الإدارة والحفـظ فقـط، وللوصـي أن يوكـل بالخصومة; لأنّه قائم مقام الأب, ولأنّه يملك مباشرة الخصومة بنفسه , فله أن يسـتعين بغيـره بخلاف الوكيل , فإن هناك رأي الموكّل قائم , وإذا عجز الوكيل عن المباشرة بنفسه فلا حاجة له إلى الاستعانة بغيره , بل يرجع إلى الموكّل ليخاصم بنفسه أو يوكل غيره (٢) .

النوع الثاني خصومة دولية

وهي الخصومة التي يكون النّزاع فيها بين الدول نفسها، لا بين رعاياها ، فأطرافها هي الدول، وليس الأفراد، أو المؤسسات. فقد ورد في اتّفاقية لاهاي الأولى المعقودة سنة ١٩٠٧م في تعريف التّحكيم الدولي حيث نصت المادة ٣٧ منها على أن : (الغرض من التّحكيم الدولي هو تسوية المنازعات فيما بين الدول بواسطة القضاة الذين تختارهم وعلى أساس احتـرام القـانون الدولي) (٣) .

ويمكن القول إن الرسول ﷺ أقر الخصومة الدولية قبل بزوغ الدولة الإسلامية، وذلـك بحادثتين باشرهما ﷺ أولهما: حادثة تحكيمه بين زعماء قريش عندما تنازعوا على مـن يقـوم بحمل الحجر الأسود ووضعه في مكانه من الكعبة المشرفة. وثانيهما: بموقف الرسـول ﷺ مـن حلف الفضول والذي أقره وتمنّى لو أنّه كان عنصراً فيه، والذي يقوم على فكرة تحالف القبائـل وتشكيلها حلفاً ضد الظّالم، والتي كانت القبيلة في ذلك الزمن تشكّل أكبر وحـدة سـيادة علـى أفرادها، أي أنّها بحكم الدول في هذه الأيام . وإن ما أفرزه حلف الفضول من تشكيل هيئة قبائل

---

(١) حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الاحكام**، ج٤،ص٨٢

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص١٧

(٣) دور التحكيم في فض المنازعات الدولية، ص٣٢

متّحدة يشابه لحد ما تشكيل عصبة الأمم وهيئة الأمم المتّحدة مع اختلاف العصـور والأهـداف والغايات[١] .

وذلك لأن الأصل في الدول تساويها في الحقوق والسيادة، ولا توجد فوقها قوة عليا لهـا سلطة تمكّنها من أن توجه إليها أوامر تذعن لها صاغرة[٢]، حيث أن سيادة الدولة وسلطانها على رعاياها لا على غيرها من الدول ، وبذلك فإنّه يمكننا القول أن علاقة الدولة فيما بينهـا تشـكّل قواعد قانونية تحكم هذه العلاقات، وتشكّل هذه القواعد القانون الدولي العام حيث يمكن اعتبـار الدول في علاقاتها فيما بينها كأحد أفراد الدولة بعلاقاته مع باقي أفرادها بجامع تساوي كل منهما مع مقابله، وباعتبار هذه الدول أعضاء في هذا العالم أو ما يسمى بالمجتمع الدولي[٣].

وإن ما يحكم علاقات الدول ببعضها البعض القانون الدولي العام وهو: مجموعة القواعـد التي تنظّم علاقات الدول فيما بينها وبين بعض، وتلك التي تحـدد المنظّمـات الدوليـة وتبـين اختصاصاتها وسبل أداء رسالتها في الحفاظ على الأمن والسلام العالميين والعمل علـى خيـر البشرية وإسعادها[٤]

ويلاحظ أنّه يتضمن نوعين من القواعد :

أولاً_القواعد التي تنظّم علاقات الدول فيما بينها في ثلاث حالات:-

١- في حالة السلم : ومنها تحديد الأسس التي تقوم عليها الدولة للاعتراف بوجودها فـي المجتمع العالمي، وما ينشأ لها من حقوق وما عليها من واجبات اتّجاه غيرهـا، وطـرق فـض المنازعات التي تثور بينها بالطّرق السلمية مثل الوساطة والتّحكيم والقضاء الدولي .

---

(١) اجتمعت بطون قريش فتحالفوا في دار عبد الله بن جدعان على رد المظالم بمكّة وأن لا يظلم أحد إلا منعوه وأخذوا للمظلوم حقّه , وكان رسول الله ﷺ يومئذ معهم قبل النّبوة وهو ابن خمس وعشرين سنة، فعقـدوا حلف الفضول في دار عبد الله بن جدعان , فقال رسول الله ﷺ ذاكراً للحال : { لقد شهدت في دار عبد الله بن جدعان حلف الفضول ما لو دعيت إليه لأجبت, وما أحب أن لي به حمر النّعم } . وإنني بقصـته ومـا يزيده الإسلام إلا شدة وهذا وإن كان فعلاً جاهلياً دعتهم إليه السياسة فقد صار بحضور رسول الله ﷺ لـه وما قاله في تأكيد أمره حكماً شرعياً وفعلاً نبوياً. أنظر: الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص١٠٠

(٢) عبدالباقي، **نظرية القانون**، ص٣٧

(٣) عبدالباقي، **نظرية القانون**، ص٣٧

(٤) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص٨٠

٢- القواعد التي تنظّم علاقات الدول في حالة الحرب وبدء الحرب وانتهائها، والقواعد التي تحدد الأسلحة الجائزة والمحرمة، والقواعد التي تبين كيفية معاملة الأسرى والجرحى.

٣- القواعد التي تحدد حقوق وواجبات الدول المتحاربة قِبل الدول المحايدة .

ثانياً_ القواعد التي تحكم المنظّمات الدولية وهي حديثة العهد، وأهم هذه المنظّمات هيئة الأمم المتّحدة التي يتفرع عنها الجمعية العمومية، ومجلس الأمن والمجلس الاقتصادي والاجتماعي، ومجلس الوصاية، ومحكمة العدل الدولية، ومن المنظّمات الدولية الهامة مؤسسة الثّقافة العالمية(يونسكو)، ومكتب الصحة العالمية ومكتب العمل الدولي(١).

وربما يثور تساؤل: لماذا صنف القضاء الدولي في هذه الأطروحة ضمن نوع الخصومة التحكيمية رغم ما يطلق عليه من اسم قضاء وله محاكم وقضاة مختصون في الفصل فيه ؟

وتكون الإجابة عن ذلك من شقّين، الشّق الأول: ما سبق من تعريف الخصومة التحكيمية وما تم وضعه من ضابط للتفريق بينها وبين الخصومة القضائية وهو أن الخصومة التحكيمية مستمدة سلطة الفصل في النّزاع من إرادة المتنازعين لا لسلطة ذاتية فيها .

ولو نظرنا في القضاء الدولي لوجدنا استمداده سلطة فصل النّزاع بين الدول من الدول نفسها، وليس له سلطة ذاتية في فصل النّزاع، لأنّه كما سبق وأشرنا لا يوجد سيادة ولا سلطان لدولة على دولة وإنّما للدولة على رعاياها، ومما يدلل على صحة هذا الأمر ما ثار من جدل عنيف بين فقهاء القانون، فيما إذا كان القانون الدولي العام يشكّل قواعد قانونية بمعناها الدقيق، فقد أنكر كثير منهم صفة القواعد القانونية وعللوا ذلك لسببين: أولهما: عدم وجود سلطة عليا فوق الدول تصنع تلك القواعد. وثانيهما: عدم وجود سلطة عليا فوق الدول تتولّى تنفيذها وتوقيع الجزاء على الدول المخالفة(٢).

ومن النّاحية العملية لو تجاوزنا المسألة الأولى باعتبار أن وجود السلطة العليا لا يلزم لنشوء كل أنواع القواعد القانونية سوى التي مصدرها التّشريع، فإنّه لا يمكن تجاوز المسألة الثانية، فإن ذلك غير موجود على أرض الواقع رغم ما تمخّضت عنه الحرب العالمية الأولى من نشوء عصبة الأمم التي تضمن ميثاقها وجوب توقيع جزاءات اقتصادية وحربية على الدول التي تنتهك حرمة القانون، ولكن هذا الميثاق أثبت عدم جدواه باعتداء إيطاليا على الحبشة عام

---

(١) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص٨١

(٢) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص٨٢

١٩٣٥دون فعل عصبة الأمم شيئاً، وحتى بعد نشوء هيئة الأمم المتّحدة بعـد الحـرب العالميـة الثانية، والتي هدفت إلى استتباب الأمن والسلام الدوليين، وقد تقدم ميثاقها عن سابقتها عصـبة الأمم فيما نحن بصدده حيث نص على: انتشار بوليس دولي يتكون من قـوات حربيـة تقـدمها الدول المتّحدة، وظيفته ضمان احترام قواعد القانون الدولي . إلا أنّه عملياً لا شيء يذكر حيـث سادت أنانية الدول الكبرى في الكثير الأغلب من أعمال المنظّمات الدولية، ولا أدلّ على ذلك من موقف هيئة الأمم المتّحدة من القضية الفلسطينية وقراراتها ضد الاحتلال الصـهيوني: كمـا أن الدول قد فشلت في تكوين البوليس الدولي على وجه دائم مستقر(١).

ثانيا- بالنّسبة للمحكّم

كما أن الخصومة التحكيمية تتنوع نسبة لطبيعة المحكّم وصفته، فقد يكون شخصاً عاديـاً، وقد يكون له صفه تميزه، وبذلك تتنوع إلى نوعين:

النوع الأول: خصومة تحكيمية عادية

وهي التي يكون المحكّم فيها شخصاً عادياً ليس له صفة تميزه، كما يقسم هذا النّوع الـى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي .

فالتّحكيم الحر هو الصورة التقليدية للتّحكيم، حيث يقوم أطراف النّزاع بتنظيم إجـراءات التّحكيم باختيارهم للمحكّم أو المحكّمين الذين سيفصلون في خصومتهم، وتحديد الإجراءات التي يسيرون عليها، أو تفويضهم في تحديدها فهو تحكيم منظّم ومخصص لنزاع معين، ويدعى تحكيم الحالات الخاصة(٢).

وهؤلاء المحكّمون الذين تم اختيارهم ما هم إلا مجرد أفراد لديهم من الخبـرة والصـفات الحميدة من حسن السمعة والاستقامة والكفاءة مايؤهلهم إلى كسب ثقة أطراف النّزاع.

ومع ازدهار التّحكيم في نهاية القرن السابع عشر انتشرت مراكـز التّحكـيم ومنظّمـات وغرف التّحكيم الدائمة لممارسة نشاطها التحكيمي على المستويات كافّة، الوطنيـة، والإقليميـة

(١) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص٨٥

(٢) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٤٧-٤٨

والدولية، ولهذه المؤسسات قواعدها الخاصة، وكأن من يلجأ لها يوافـق ضـمناً علـى تطبيـق قواعدها، فمعيار التّفريق بين النّوعين هو من يتولّى التّحكيم فرد عادي بصفته الشّخصـية فهـو تحكيم حر، أو كان مؤسسة تحكيمية، فهو تحكيم مؤسسي[١].

النوع الثاني: خصومة عشائرية

وهي نسبة إلى صفة المحكّم، وهو القاضي العشائري، والذي يستمد سـلطته فـي فصـل الخصومة من الخصوم أنفسهم باختيارهم له .

وقد وجد في الشّريعة ما يوازي القضاء العشائري بما يعـرف بولايـة النّقابـة، وهـي موضوعة على صيانة ذوي الأنساب الشّريفة عن ولاية من لا يكافؤهم في النّسب ولا يسـاويهم في الشّرف ليكون عليهم أحبى وأمره فيهم أمضى، بأن يولى علـى الطـالبيين نقيبـاً أو علـى العباسيين نقيباً يختار منهم أجلّهم بيتاً، وأكثرهم فضلاً، وأجزلهم رأياً، فيولّى عليهم لتجتمع فيـه شروط الرياسة والسياسة، فيسرعوا إلى طاعته برياسته وتستقيم أمورهم بسياسته[٢] .

ويقوم بحفظ أنسابهم فإن كانت ولايته خاصة فليس له أن يقيم حداً أو قصاصاً، وإن كانت عامة فله النّظر في جميع الدعاوى من حدود وقصاص وغيرها . ولم يكن تقليد النّقيب للنّظر في أحكامهم موجباً لصرف القاضي عنها جاز لكل واحد من النّقيب والقاضي النّظر في أحكـامهم , فأيهما حكم في تنازعهم نفذ حكمه[٣].

إلا أن البعض يرى أنّها ولاية محدثة وتنافي الشّرعية، فيقول ابن العربي: "وولاية النّقابـة فهي محدثة ; لأنّه لما كثرت الدعاوى في الأنساب الهاشمية , لاستيلائها على الدولـة , نصـب الولاة قوماً يحفظون الأنساب لئلا يدخل فيها من ليس منها , ثم زادت الحال فساداً, فجعلوا إليهم من يحكم بينهم , فردوهم لقاضٍ منهم لئلا تمتهنهم القضاة من سائر القبائل , وهم أشرف مـنهم , وهي بدعية تنافي الشّرعية"[٤] .

---

(١) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٤٧-٤٨

(٢) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص١٢٢-١٢٥

(٣) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص١٢٢-١٢٥

(٤) ابن العربي، **أحكام القرآن** ، ج٤، ص٥٢

ولا يخفى ما للعشائر من دور معتبر في حلّ المنازعات لما يعتمد عليـه مـن التّمسـك بالعادات العربية الأصيلة من الكرم وتقدير الآخرين وحفظ الوجوه والتّعاون والتّناصـر علـى إحلال الصلح والوئام بدلاً من النّزاع والخصام .

وللعمل العشائري في حلّ المنازعات طريقان، أولهما: يعتمد على الجاهـات والعطـوات وإيجاد الصلح بين المتنازعين. والثاني: بما يعرف بالقضاء العشائري بين المتنـازعين . ومـن خلال دراستي لما كُتِب من مؤلّفات في القضاء العشائري ومراجعة بعض الدوائر المختصة فإن القضاء العشائري قد مر في الأردن بمرحلتين، المرحلة الأولى: أثناء وجود قانون العشائر الذي استمر العمل به إلى حين إلغائه سنة ١٩٥٩ ، حيث كان القضاء العشائري مستمداً سلطته علـى الخصوم من سلطة الدولة، والتي تعنى بتنفيذ أحكام قضاة العشائر، وكان لقضاة العشائر محـاكم مختصة بهم سميت محاكم العشائر ، ولا شك وحسب تعريف الخصومة السابق، أن هذه المرحلة من مراحل القضاء العشائري تندرج خصوماتها تحت الخصومة القضائية بغض النّظر عما كان يتّبعه قضاة العشائر من إجراءات لفصل هذه الخصـومات، لأن سـلطتهم فـي فصـل هـذه الخصومات مستمدة من سلطة الدولة المعنية بالتّنفيـذ الجبـري علـى الخصـوم لا مـن إرادة الخصومة أنفسهم .

أما المرحلة الثانية: من مراحل القضاء العشائري فهي مرحلة ما بعد إلغاء قانون العشائر، فتخلّت الدولة عن إمداد قضاة العشائر بسلطتها في فصـل الخصـومات، إلا أن دور القضـاء العشائري لم ينته واستمر ولكن أصبح القاضي العشائري يستمد سلطته فـي فصـل الخصـومة المطروحة عليه من سلطة الخصوم أنفسهم والمتمثّلة بإرادتهم ، وبالتّالي تحولت صفة القضـاء العشائري إلى صفة التّحكيم، المحكّم فيه رجل يطلق عليه لقب قاضي عشائر ويتّبع إجراءات في فصل الخصومة قد تم توارثها جيلاً بعد جيل وهي شائعة ومعروفة لدى المتخاصـمين وسـائر النّاس .

ولقد تم اللجوء إلى طرق لاختيار القاضي العشائري الـذي سيفصـل الخصـومة بـين المتنازعين: منها أن يتّفقا على أي قاضٍ سواء من قضاة العشيرة أو غيرها ممن اشـتهروا وذاع صيتهم بالنّزاهة وحسن القضاء، فإن لم يتم اتّفاقهما فيلجآن إلى طرق لاختياره تنصب جميعهـا

على اتّفاقهما، مثل الفرقة أو الخط، بأن يكتب أسماء القضاة ويتناوب كل منهم بوضع خط علـى اسم قاضٍ لإلغائه من القائمة حتى لا يبقى سوى اسم واحد يكون التّخاصم إليه[١] .

(١) لمزيد إطلاع على القضاء العشائري، أنظر: العبادي، أحمد عويدي، **الأدلة القضائية عنـد البـدو** سلسلة منهم البدو(٥)، ط١، دار مجدلاوي، عمان، ١٩٨٣ ، أبو حسان، محمـد، **تـراث البـدو القضائي،** ط٣، وزارة الثقافة، عمان، ٢٠٠٥

الفصل الثّاني:

مبادئ الخصومة ، ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: حقّ الدفاع

المبحث الثاني: علنية المحاكمة

المبحث الثالث: حياد القاضي

المبحث الرابع: مراعاة حال القاضي والخصوم

المبحث الأول

حــقّ الــدفـاع

يعد حقّ الدفاع مبدأ عاماً في الشّريعة الإسلامية، يشتمل على حقّ الدولة في الدفاع عـن كيانها وشعبها وسيادتها ، كما يشتمل على حقّ الجماعة في الدفاع عن حقوقها وأمنها ونظامهـا، بما يطلق عليه الفقهاء حقّ الدفاع الشّرعي العام، ومنه الأمر بمالمعروف والنّهي عـن المنكـر، كما يشتمل على حقّ الإنسان في الدفاع عن نفسه وعرضه وماله بما يطلق عليه الفقهـاء دفـع الصائل وبما يسمى حقّ الدفاع الشّرعي الخاص، [1]. كما أن هذا المبدأ يتـدرج وصـولاً لحـقّ المدعى عليه في الدفاع عن نفسه أمام القاضي ، وقد أتاحت الشّريعة الإسلامية للمـدعى عليـه جميع وسائل الدفاع عن نفسه، سواء كانت بإنكار دعوى المدعي ،أو بدفعها، وبما أوجدته مـن مبادئ تحول دون منعه من حضور محاكمته والإجابة عن الدعوى ومواجهة خصمه، وبالتّشديد في جواز محاكمة الغائب بإيجاد وكيل مسخّر للدفاع عنه أو باعتباره منكراً لدعوى المدعي فـي حال اقتضاء محاكمته غيابياً[2] .

حقّ الدفاع عند أهل القانون:

ترسخ مبدأ حقّ الدفاع في القوانين الوضعية، وإتاحة الحقّ للمدعي في الدفاع عن دعواه، وللمدعى عليه الدفاع للرد على الدعوى، وإن هذا يقتضي تمكين الخصوم مـن تقـديم الـدفوع والأدلة والأسانيد المثبتة لحقّهم[3].

لما بلغ هذا المبدأ من قداسة أصبح يطلق عليه حرية الدفاع وليس مجـرد حـقّ الـدفاع، ويجوز التظلّم من قبل أحد الخصمين لدى المحكمة المتظلّم إليها في حـال المسـاس فـي هـذا الحقّ[4].

---

(١) عودة، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، ج٢، ص٦٤

(٢) الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢

(٣) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٢٢٦-٢٢٧

(٤) مسلم، **قانون القضاء المدني** ، ص١٨١

ومن مظاهر حقّ الدفاع تمكين الخصوم من المرافعة شفوياً وكتابياً عن طريـق تقـديم المذّكرات ومنحهم مواعيد لإعداد دفاعهم، وكذلك تمكين الخصم من تقديم الأدلّة المنتجـة فـي الدعوى ودحض الأدلّة الموجهة ضده[١].

مقارنة بين الشّريعة والقانون:

إن كلاً من الشّريعة الإسلامية والقانون قد أخذ بمبدأ حقّ الدفاع، ولا يوهم ما توجه إليـه أهل القانون من صيرورة المبدأ بحرية الدفاع أنّه أوسع مجالاً منه في الشّريعة، ففي القانون كما هو في الشّريعة تم تحديد طرق الدفاع وعلى المدافع التقيد بها سواء سمي حقّ الدفاع أم حريـة الدفاع ، كما أن إطلاق أهل القانون على المدعي مدافعاً يتنافى مع واقع حاله فهو في حالة كونه مدعياً مهاجماً، أما إذا تبدلت المراكز القانونية، وأصبح المدعي مدعى عليه بدفع المدعى عليـه أو بطعنه في البينة، فإن فقهاء الشّريعة تعاملوا مع هذا الدفع كأنّه دعوى مستقلّة؛ فيكون المدعي في الدعوى الأصلية قد أصبح مدعى عليه، وله حقّ الدفاع في هذه الدعوى .

المطلب الأول: المواجهة بين الخصوم

إن هذا المبدأ ما هو إلا مظهر من مظاهر حقّ الدفاع ، وهو الجانب العملي لـه، فلكـي يتمكّن الخصم من الدفاع لا بد بأن يواجه بطلبات خصمه، ولا بد بأن يتاح له الرد عليها.

فيشترط في غير القضاء على الغائب حضور الخصم الأصيل حين الـدعوى والشّـهادة والحكم, أو وكيله أو وليه أو وصيه أو المتولّي؛ فلذلك لا تسمع الـدعوى والبينـة إلا بمواجهـة الخصم الحاضر، فلو حكم القاضي بدعوى المدعي بعد استماع بينته بـدون حضـور أو تبليـغ المدعى عليه أو وكيله , وأصدر إعلاماً بالحكم لا ينفذ حكمه[٢].

وتكون المواجهة كذلك حين الحكم، وسواء كانت الدعوى متعلقة بحقّ مـن حقـوق الله أو بحقّ من حقوق العباد; إذ يشترط حضور الخصم في كليهما، فإذا راجع شاهدا القاضي وشـهدا

(١) راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٢٠

(٢) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص١٨٢

بأن رجلاً طلّق زوجته بدون حضور أو تبليغ ذلك الرجل أو وكيله، وحكم القاضي بالطّلاق فـلا يصح حكمه , ولا ينفذ[١].

فالأصل في الدعوى بوجه عام في غير المحاكمة الغيابية أن تحصل بوجـود الخصـمين وحضورهما مجلس القضاء، وأن يدعي المدعي بدعواه في مجلس القضاء، فإن لم يكن المـدعى عليه حاضراً فيكررها بحضوره ويطلب منه الإجابة عنها[٢]، فإن صحت هـذه الـدعوى عنـد القاضي فإنّه يلزم المدعى عليه بالإجابة عنها، وإلا فيطلب من المدعي تصـحيحها، فـإن أقـر المدعى عليه بما ادعاه المدعي تنتهي الخصومة ويسجل إقراره، أما إذا أنكر فإنّه يقول للمدعي: أعندك بينة فإن وجدت وأثبت المدعى به ، فاستوجب الحكم له ، وإن لم يكن عنده بينـة فيقـول القاضي: ماذا تريد؟ فإن قال أريد تحليف المدعى عليه ، فيعرض القاضي على المـدعى عليـه اليمين على نفي دعوى المدعي ، فإن حلفها ردت دعوى المدعي، وإن نكل عنها فيقضى عليـه بنكوله عند الحنفية، ويرد القاضي اليمين على المدعي بطلب المدعى عليه عند نكول هذا الأخير عنها عند جمهور الفقهاء من المالكية والشّافعية والحنابلة[٣] ، فإن حلفها استحقّ ما ادعاه وحكـم القاضي له به ، وإن لم يحلفها ردت دعواه ولم يستحقّ شيئا[٤].

فهذه الإجراءات التي ينبني عليها سير الخصومة في الفقه الإسلامي لا تسمح ولا يستقيم سير الخصومة في الظّروف الاعتيادية إلا بحضور الخصمين، وتبادلهم الطّلبات الموجهة إلـى القاضي بإجراء الدور التّالي من أدوار الخصومة، وكذلك في حالة عدم الإنكار بل الدفع ، فقـد تتحول الخصومة إلى مسرح يتبادل فيه الخصمان الدفوع والاعتراضات والطّعون.

وهذا الأمر ما يقصد به المواجهة بين الخصوم ، فلا يسمح القاضي للمدعي بإثبات دعواه إلا بعد أن يسأل المدعى عليه ماذا يقول فيها ، ولا يعتمد القاضي بينة خطيـة أو شخصـية إلا وسأل الخصم عن رأيه فيها، ووجه اعتراضه عليها إن وجد، ولا يحكم القاضـي بـدفع أحـد الخصمين قبل أن يسأل خصمه عن رأيه فيه .

وبذلك فإن الخصوم هم المؤثّرون في سير الدعوى، وبناء على آرائهم وطلباتهم وتبـادلهم الدفوع والبينات والطّعون يكون القضاء على أحدهم .

---

(١) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص١٨٢

(٢) ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص٤٦٠

(٣) أنظر: ص٢٥٩ من هذه الأطروحة

(٤) باز، سليم رستم، **شرح المجلة**، ص ١٠٠٥وما بعدها ، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٧٦

وزيادة إمعان في هذا المبدأ عند الفقهاء قالوا أنّه: حتى في كتاب القاضي إلى القاضـي لا يجوز فتح الكتاب إلا بمحضر من الخصم[١] .

المواجهة بين الخصوم عند أهل القانون:

أخذت القوانين الوضعية بهذا المبدأ، وجعلته من أهم المبادئ المميزة للخصوم، وكثيراً ما يجمع أهل القانون بينه وبين مبدأ حرية الدفاع في كتاباتهم، مقررين بأنّه لا يجوز الحكـم علـى خصم دون سماع دفاعه أو على الأقلّ دعوته للدفاع عن نفسه، والحقيقة أن مـا يضـيفه مبـدأ المواجهة تمكين كل خصم من العلم بطلبات خصمه ودفاعه وإجراء المناقشـة بـين الخصـوم، بحيث تبدو الخصومة منهجاً جدلياً يكشف للقاضي حقيقة الدعوى[٢].

ومن مظاهر هذا المبدأ وجوب توجيه المطالبة القضائية للخصم الآخر بـإعلان صـحيفة الدعوى إليه، وعند جواز تقديم الطّلبات العارضة شفاهة في الجلسة فإنّه ينبغي أن يكون ذلك في حضور الخصم، وكذلك إعلان منطوق بالأحكام الصادرة إلى من لم يحضر جلسة النّطق بها[٣].

المطلب الثاني: حقّ التّوكيل في الخصومة

الفرع الأول: مشروعية التوكيل

شرعت الوكالة بالخصومة بالسنّة العملية، فقد كان الرسول ﷺ وأصـحابه يوكّلـون فـي خصوماتهم وقال ﷺ: { كفى بالمرء إثماً أن لا يزال مخاصماً , قال : وكان إذا خوصم في شيء من أمواله وكّل عقيلاً -رضي الله عنه- }. وفيه جواز التّوكيل بالخصومة[٤] , كمـا روي عـن عبد الله بن جعفر يحدث أن علياً كان لا يحضر الخصومة , وكـان يقـول : إن لهـا قحمـاً[٥] يحضرها الشّيطان , فجعل خصومته إلى عقيل , فلما كبر ورقّ حولها إلي , فكان علي يقـول :

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٧٦

(٢) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٢٢٧

(٣) راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٢٠-٢١

(٤) الترمذي، سنن الترمذي، باب الميراء، حديث رقم ١٩٩٤، حسن غريب

(٥) قحماً جمع قحمة وهي المهلكة بضم القاف ويقال معناه أن لها أموراً شاقّة، والاقتحام هو الوقوع والإيقاع في المشقّة، النسفي، **طلبة الطلبة**، ص١٣٩

ما قُضي لوكيلي فلي , وما قُضي على وكيلي فعلي[١]. أي أن الوكيل يقوم مقام الموكّـل , وأن القضاء عليه بمنزلة القضاء على الموكّل.

والوكالة بالخصومة جائزة قياساً على جواز عموم الوكالة ; لأن الخصومة عبارة عن قيام بعمل يملك الخصم المباشرة بنفسه , فيملك هو صكّه إلى غيره ليقوم فيه مقامه , وقد يحتاج لذلك إما لقلّة هدايته , أو لصيانة نفسه عن الابتذال في مجلس الخصومة , وقد جرى العمل بهـا مـن لُدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا , من غير نكير منكر ولا زجر زاجر[٢] .

ويجوز التّوكيل في المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها، وذكر ابن قدامة في ذلك أنّه إجماع الصحابة[٣]، كما يجوز التّوكيل في الخصومة سواء كان الموكّل طالباً أو مطلوباً[٤].

ويجوز أن توكّل امرأة رجلاً , أو رجل امرأة , أو مسلم ذمياً , أو ذمي مسـلماً , أو حـر عبداً، أو مكاتبا له أو لغيره بإذن مولاه , فذلك كلّه جائز لعموم الحاجة إلى الوكالـة فـي حـقّ هؤلاء[٥] ، ويجوز توكيل الصبي المميز بإذن والده، كما تجوز الوكالة عـن الصـبي المميـز المأذون له بالتّجارة .

الفرع الثاني: اشتراط رضا الخصم

وبعد اتّفاق الفقهاء على مشروعية الوكالة بالخصومة، اختلفوا في اشتراط رضا الخصـم لقبولها على ثلاثة أقوال:

-**القول الأول**: يشترط رضا الخصم، إن لم يكن الموكّل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام، وذهب إليه أبو حنيفة[٦] .

-**القول الثاني** : لا يشترط رضا الخصم، إذا أرادت البكر أن توكّل ، وذهـب إليـه أبـو

---

(١) ابن ابي شيبة، **المصنف**، ج٥، ص٣٨٩

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٥

(٣) ابن قدامه، **المغني**، ج٥، ص٥٣

(٤) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٧، ص١٦٦-١٦٧

(٥) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٩

(٦) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٨

يوسف في قول، و ابن أبي ليلى[١] .

-**القول الثالث**: لا يشترط رضا الخصم مطلقاً ، وذهب إليه : المالكيـة[٢]، والشّـافعية[٣]، والحنابلة[٤]، وأبو يوسف في قول ومحمد من الحنفية[٥] .

-**أدلة القول الأول،** المانعون بغير رضا الخصم : ففي ذلك يقول أبو حنيفـة - رحمـه الله- : " هو بهذا التّوكيل قصد الإضرار بخصمه فيما هو مستحقّ عليه فلا يملكـه إلا برضـاه كالحوالة بالدين ". ومعنى هذا الكلام أن الحضور والجواب مستحقّ عليه , بـدليل أن القاضـي يقطعه عن أشغاله ويحضره ليجيب خصمه , وإنّما يحضره لإيفاء حقّ مستحقّ عليه , والنّـاس يتفاوتون في هذا الجواب , فرب إنكار يكون أشد دفعاً للمدعي من إنكار. والظّاهر أن الموكّـل إنّما يطلب من الوكيل ذلك الأشد الذي لا يتأتّى منه لو أجاب الخصم بنفسه وفيه إضرار بالخصم .[٦]

ويرد عليه: أن ذلك حقّ الموكّل لو أتى به بنفسه كان مقبـولاً منـه , وصـحة التّوكيـل باعتبار ما هو حقّ للموكّل دون ما ليس الأشد لحقّ له[٧] .

أدلة القول الثاني : المجيزون التّوكيل للبكر دون رضا الخصم :

يقول في ذلك ابن أبي ليلى - رحمه الله -: " المقصود بإحضار البكر لا يحصل لأنّهـا تستحي فتسكت , والشّرع مكّنها من ذلك فجاز لها أن توكّل بغير رضا الخصم " . وهكذا يقـول أبو يوسف - رحمه الله - في المرأة التي ليست معتادة مخالطة الرجال , فإنّها لا تتمكّن من هذا الجواب إذا حضرت مجلس الحكم , فإن حشمة القضاء تمنعها من ذلك , وإذا كان المقصـود لا يحصل بحضورها جاز لها أن توكّل [٨].

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٨

(٢) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٧، ص١٦٦-١٦٧

(٣) البجيرمي، **حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، المعروف بالتجريد لنفع العبيد**، ج٣، ص٥٢

(٤) ابن قدامه، **المغني**، ج٥، ص٥٣

(٥) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٨

(٦) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٨

(٧) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٨-٩

(٨) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٩

أدلة القول الثالث، المجيزون بغير رضا الخصم : -

عن عبد الله بن جعفر يحدث أن علياً كان لا يحضر الخصومة , وكان يقول : إن لها قحماً يحضرها الشّيطان , فجعل خصومته إلى عقيل , فلما كبر ورقّ حولها إلي , فكان علي يقـول : ما قُضي لوكيلي فلي, وما قُضي على وكيلي فعلي ،وبظاهره يستدلّ في جواز التّوكيـل بغيـر رضا الخصم ; لأن علياً -رضي الله عنه- لم يطلب رضا خصومه [(١)].

ويرد عليه : أن خصومه كانوا يرضون بتوكيله ; وأنّه لم يغفل رضا الخصم لأنّـه كـان أهدى إلى طرق الخصومة من غيره لوفور علمه[(٢)].

وكذلك أنّه حقّ تجوز النّيابة فيه؛ فكان لصاحبه الاستنابة بدون رضا خصـمه، كالوكالـة بالقبض والبيع وغيرها، وهو إجماع الصحابة[(٣)].

وأن التّوكيل حصل بما هو من خالص حقّ الموكّل , فيكون صحيحاً بغير رضا الخصم , كالتّوكيل بغير الخصومة؛ حيث إن التّوكيل بالخصومة توكيل بالجواب الذي هو إنكار أو إقرار، ومن أفسد هذا التّوكيل إنّما يفسده من وجه أنّه إنكار, والإنكار خالص حقّ الموكّل ; لأنّه يدفع به الخصم عن نفسه، فيكون قد وكّله بما هو من خالص حقّه [(٤)].

الرأي الراجح :-

يظهر أن من منع التّوكيل بدون رضا الخصم كانت نظرته لواقع المتخاصـمين، مـن أن التّوكيل في الخصومة يكون عادة للإضرار بالخصم، والاشتغال بالحيل، واللدد ، ومـن أجـاز التّوكيل دون رضا الخصم نظر للمسألة نظرة أصولية، دون مراعاة للجانب الـذي نظـر لـه المانعون .

ومن الممكن أن نظرة المانعين لواقع المتخاصمين وأهدافهم من التّوكيل في زمانهم كانـت موافقة للحقيقة، لوجود مسوغات تدعم ما ذهبوا إليه، فقد كانت الحياة بشكل مبسط، كان النّـاس

(١) ابن أبي شيبة، **المصنف**، ج٥، ص٣٨٩

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٤

(٣) ابن قدامه، **المغني**، ج٥، ص٥٣

(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٨

يعملون في أشغالهم الخاصة لهم من زراعة وتجارة وغيرها، وكانت من القلّة التي تصل لحد الندّرة الوظائف التي تحول دون قضاء الموظّف حوائجه الشّخصية أثناء عمله، لذلك فقد نص المانعون على أن حاجب السلطان له أن يوكّل دون رضا الخصم لانشغاله بوظيفته، كما أن نفس الخصومات كانت بشكل مبسط، فيفصل القاضي فيها خلال جلسة أو بضع جلسات، فبوجود هذه المسوغات وغيرها يترجح أن قصد من يريد التّوكيل، هو الإضرار بالخصم .

وبما أن نظرة المجيزين للتّوكيل دون رضا الخصم هي نظرة أصولية قياسية على باقي مواضيع الوكالات، وبما أنّه يوجد أهداف أخرى للوكالة بالخصومة منها: صون النّفس عن التبذّل في مجلس القضاء، وبما أن واقع زماننا قد تغير عن الواقع الذي غلب فيه التّوكيل للإضرار بالخصم؛ حيث تعقّدت الحياة ، وأصبح الشّخص منشغلاً بالعديد من الأمور، وطغت الوظائف على أعمال النّاس، وأصبحت مساحة حرية الشّخص أكثر انحساراً، كما أن العملية القضائية أصبحت أكثر تعقيداً، وأكثر ازدحاماً، وأطول أمداً، مما يجعل قول المانعين للتّوكيل بغير رضا الخصم لما نظروا لواقع المتخاصمين والموكّلين، يتهاوى أمام قول المجيزين .

ومن فقها ء الحنفية من أراد أن تكون النّظرة خصوصية لكلّ توكيل بعينه، لا نظرة عمومية على جميع الوكالات, فيقول بذلك السرخسي: " والذي نختاره في هذه المسألة من الجواب، أن القاضي إذا علم من المدعي التعنّت في إباء الوكيل , لا يمكّنه من ذلك ويقبل التّوكيل من الخصم , وإذا علم من الموكّل القصد إلى الإضرار بالمدعي في التّوكيل , لا يقبل ذلك منه إلا برضا الخصم , فيصير إلى دفع الضرر من الجانبين" [١].

مشروعية التّوكيل بالخصومة عند أهل القانون:

في القوانين القديمة كالقانون الروماني كان يجب على الخصوم الحضور بأنفسهم، فلم تكن تجوز الوكالة في الخصومة؛ وذلك لأن هدف الخصومة كان إيجاد الصلح بين الخصمين فتوجب حضورهم شخصياً، فضلاً عن أنّها كانت تتضمن الكثير من الأعمال التي لا تجوز فيها الوكالة مثل حلف اليمين .

أما في القوانين الحديثة ومنذ القانون الكنسي، أصبحت الوكالة بالخصومة جائزة، بل إنّها أصبحت في كثير من الخصومات إجبارية، حتى أنّه أصبح في كثير من القوانين الوضعية مثل القانون المصري الأصل توكيل محامٍ في الخصومة إلا ما نص القانون على استثنائه، وسواء

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٩

كانت الوكالة في الخصومة جوازية أو وجوبية فإنّه يجب كقاعـدة عامـة أن يكـون الوكيـل بالخصومة محامياً، سواء كانت الخصومة أمام المحاكم العادية أو أمام هيئة تحيكم، إلا أنّه يجوز توكيل غير محامٍ حيثما لا يكون التّوكيل في الخصومة إجبارياً، بأن يكون الوكيل من أصول أو فروع أو زوج للموكّل[١] .

الفرع الثالث: ما يجوز التّوكيل به في الخصومة

الوكالة في كل خصومة جائزة, سواء تعلّقت بحقّ العباد، أم كانت الخصومة بحـق مـن حقوق الله، فيجوز التّوكيل في إثبات الحدود والقصاص، إلا أنّه لا تجوز الوكالة فـي اسـتيفاء الحدود والقصاص, فإن التّوكيل باستيفاء الحدود باطل بالاتّفاق ; لأن الوكيل قائم مقام الموكّـل , والحدود تندرئ بالشّبهات فلا تستوفى بما يقوم مقام الغير في ذلك, كما أنّها لا تستوفى في كتاب القاضي إلى القاضي , وشهادة النّساء مع الرجال[٢].

أما التّوكيل باستيفاء القصاص فهو جائز في الجملة، لأنّه محض حقّ العباد , ومبنى حقوق العباد على الحفظ والصيانة عليهم ,فجاز له دفعاً للضرر عن نفسه كسـائر حقوقـه, واشـترط الحنفية لصحته حضور الموكّل لتحقق انتفاء شـبهة العفـو، ولأن القصـاص عقوبـة تنـدرئ بالشّبهات, فلو استوفى في حال غيبة الموكّل كان استيفاء مع وجود شبهة العفو لجواز أن يكـون الموكّل عفا بنفسه , والوكيل لا يشعر به[٣].

ما يجوز التّوكيل به في الخصومة عند أهل القانون

يجوز التّوكيل في القانون بجميع الحقوق في الدعاوى المدنية، وكذلك يجوز التّوكيل فـي الدعاوى الجزائية، إلا أنّه يشترط حضور الأصيل في الدعاوى الجزائيـة، مـع الأخـذ بعـين الاعتبار ما أخذ به القانون من وجوب التّوكيل [٤].

---

(١) والي، **قانون القضاء المدني**،ج١ ص٦١٠-٦١٥

(٢) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٧، ص١٦٢ ، السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص١٠

(٣) البجيرمي، **التجريد لنفع العبيد (حاشية البجيرمي على المنهج)**، ج٣، ص٥٣ ، السرخسـي، **المبسـوط**، ج١٩، ص١٠، المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٧، ص١٦٣

(٤) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٢٢٦-٢٢٧

الفرع الرابع: أنواع الوكالات في الخصومة في الشّريعة والقانون

تنقسم الوكالات في الخصومة إلى نوعين رئسين وهما: وكالة خصوصية، ووكالة عمومية. فالنّوع الأول، يختص بدعوى واحدة، ومحكمة واحدة، فلا يتعدى غيرها من الدعاوى والمحاكم، كما لو وكّل آخر بدعوى دين لدى محكمة ما، فلا يجوز أن يترافع لدى نفس المحكمة في دعاوى غير دعوى الدين، كما لا يجوز له أن يترافع لدى محكمة أخرى، ولو في نفس الدعوى، فلو حكم القاضي لا يجوز للوكيل التّرافع لدى محكمة الاستئناف في نقض الدعوى، أي أن الوكالة الخاصة لا تشمل على جميع درجات التّقاضي .

أما الوكالة العامة فتنقسم إلى نوعين، وكالة عامة في دعوى واحدة تشتمل الوكالة على التّوكيل في جميع درجات هذه الدعوى، كأن ينص الموكّل على أن للوكيل المحاكمة بدايةً واعتراضاً وإعادة محاكمة واستئنافاً وتمييزاً، أو أن ينص في الوكالة بأن للوكيل حقّ المحاكمة لآخر درجات المحاكمة، أو أن ينص بأن الوكيل مفوض ومرخّص بكل وجه.

وأما النّوع الثّاني من الوكالة العامة، فتكون فيه الوكالة شاملة لجميع الدعاوى ولجميع الدرجات، كأن يوكّل شخصاً آخر درجات المحاكمة في جميع الدعاوى[١] .

الفرع الخامس: صلاحيات الوكيل بالخصومة

الأصل في سائر الوكالات أن الوكيل يقوم مقام الأصيل بما تم توكيله به، ولكن الخصومة -كما تم بيانه-: اسم جامع لمجموعة من الإجراءات المختلفة، وفي بعض الأحيان المتضادة كالإقرار والإنكار والحضور والغياب، وبذلك فإنّه يمكن القول في الجملة أن الوكيل في الخصومة له القيام بما يقوم به الأصيل ، إلا أن الفقهاء اختلفوا في مسألة جواز إقرار الوكيل عن الأصيل في الخصومة على ثلاثة أقوال:

---

(١) **حيدر، أصول استماع الدعوى** ، ص٢٦-٢٧ ، والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٦١٨-٦٢٠

-**القول الأول**: أن إقرار الوكيل على الذي وكّله بالخصومة لا يصح , سـواء كـان فـي مجلس القاضي أو في غير مجلس القاضي , وذهب إليه : الشّافعية[١] ، وقول لمالـك[٢] ، وأبـو يوسف في قوله الأول وزفر من الحنفية[٣].

-**القول الثاني**: أن إقرار الوكيل على الذي وكّله بالخصومة, يصح إن كان فـي مجلـس القاضي, ويبطل في غير مجلس القاضي, وذهب إليه أبو حنيفة ومحمد من الحنفيـة[٤]، وقـول لمالك وهو المشهور في المذهب[٥].

-**القول الثالث**: أن إقرار الوكيل على الذي وكّله يصح، سواء كان في مجلس القضـاء أو في غير مجلس القضاء، وذهب إليه : الحنابلة ، وأبو يوسف في قوله الثاني[٦].

أدلّة القول الأول عدم صحة الإقرار سواء في مجلس القاضي أو في غيره

القياس ووجه القياس أنّه وكّله بالخصومة , والخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين علـى سبيل المنازعة والمشاحة , والإقرار اسم لكلام يجري على سبيل المسالمة والموافقة , وكان ضد ما أمر به , والتّوكيل بالشّيء لا يتضمن ضده [٧] .

أدلّة القول الثاني يصح الإقرار في مجلس القاضي:

جواز الإقرار استحساناً; لترك المعنى الحقيقي للخصومة، وجعلنا كلامه توكيلاً بـالجواب مجازاً إطلاقاً لاسم السبب على المسبب; لأن الخصومة سبب الجواب أو إطلاقاً لاسم الجزء على الكل; لأن الإنكار الذي ينشأ منه الخصومة بعض الجواب فيدخل في عمومه الإنكـار والإقـرار

---

(١) البجيرمي، **تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)**، ج٣، ص١٣٥

(٢) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٧، ص١٧٢

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٥-٦ ، البخاري، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج**٢، ص٨٩

(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٥-٦

(٥) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٧، ص١٧٢، ميارة، **الاتقان والاحكام في شرح تحفـة الحكـام**، المعروف بشرح ميارة، ج١، ص١٣٥

(٦) المرداوي، **الإنصاف**، ج ٥، ص٣٩٤، ابن قدامه، **المغنـي**، ج٥، ص٥٤، السرخسـي، **المبسـوط**، ج١٩، ص٥-٦ ، البخاري، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج**٢، ص٨٩

(٧) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٥-٦

وإنّما حملناه على هذا; لأن التّوكيل إنّما يصح شرعاً بما يملكه الموكّل بنفسه والذي يتيقّن به أنّه مملوك للموكّل الجواب لا الإنكار، فإنّه إذا عرف المدعي محقّاً لا يملك الإنكار شرعاً، وتوكيله بما لا يملك لا يجوز شرعاً، والديانة تمنعه من قصد ذلك، فكان مهجوراً شرعاً والمهجور شرعاً كالمهجور عادة، فلهذا حملناه على هذا النّوع من المجاز، كالعبد المشترك بين اثنين ببيع أحدهما نصفه مطلقاً ينصرف بيعه إلى نصيبه خاصة لتصحيح عقده بهذا الطّريق[1].

أدلّة القول الثالث يصح الإقرار سواء في مجلس القضاء أو في غيره

يصح إقراره في مجلس القاضي وغير مجلس القاضي ; لأن الموكّل أقامه مقام نفسه مطلقاً فيملك ما كان الموكّل مالكاً له، والموكّل يملك الإقرار في مجلس القضاء وغير مجلس القضاء فكذا الوكيل [2].

مسألة: لو استثنى الموكّل الإقرار، والإنكار:

توجد روايتان في المذهب الحنفي لحكم الاستثناء في الإقرار، ففي ظاهر الرواية يصح الاستثناء، وعن أبي يوسف - رحمه الله - أنّه لا يصح ; لأن من أصله أن صحة الإقرار باعتبار قيام الوكيل مقام الموكّل , وهذا حكم الوكالة فلا يصح استثناؤه . كما لو وكّل بالبيع على أن لا يقبض الوكيل الثّمن, أو لا يسلّم المبيع , كان الاستثناء باطلاً[3] , وأما في ظاهر الرواية فالاستثناء صحيح ; لأن صحة إقرارالوكيل - باعتبار ترك حقيقة اللفظ إلى نوع من المجاز - فهو بهذا الاستثناء يبين أن مراده حقيقة الخصومة , لا الجواب الذي هو مجاز , بمنزلة بيع أحد الشريكين نصف العبد شائعاً من النصيبين أنّه لا ينصرف إلى نصيبه , خاصة عند التنصيص عليه بخلاف ما إذا أطلق [4].

أما استثناء الإنكار، صح ذلك عند محمد - رحمه الله - خلافاً لأبي يوسف - رحمه الله -، وهذا لأن إنكار الوكيل قد يضر الموكّل , بأن كان المدعى وديعة أو بضاعة فأنكر الوكيل،

---

(١) البخاري، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج**٢، ص٨٩

(٢) البخاري، **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي، ج**٢، ص٨٩

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٥-٦

(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٧

لم يسمع منه دعوى الرد والهلاك بعد صحة الإنكار , ويسمع منه ذلك قبل الإنكار , فـإذا كـان إنكاره قد يضر الموكّل صح استثناؤه كالإقرار [١] .

كما أنّه ليس للوكيل بالخصومة أن يصالح; لأنّه تصرف ليس من الخصومة, بل هو ضـد الخصومة قاطع لها, والأمر بالشيء لا يتضمن ضده[٢] .

وليس له أن يقبض عند زفر - رحمه الله - لأنّه أمر بالخصومة فقط, والخصومة لإظهار الحقّ, والاستيفاء ليس من الخصومة, ويختار في الخصومة ألح النّاس, وللقبض آمـن النّـاس , فمن يصلح للخصومة لا يرضى بأمانته عادة, خلافاً لما ذهب إليه بـاقي الأصـحاب فالوكيـل بالشّيء مأمور بإتمام ذلك الشّيء, وإتمام الخصومة يكون بالقبض; لأن الخصومة قائمة مـا لـم يقبض, ولأن المقصود بالخصومة الوصول إلى الحقّ وذلك بالقبض يكون, والوكيـل بالشّـيء يحصل ما هو المقصود به[٣].

وليس للوكيل أن يوكل غيره ; لأن النّاس يتفاوتون في الخصـومة , قـال ﷺ: { ولعـلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض }[٤]. والموكّل إنّما رضي برأيه، فلا يكون له أن يوكّل غيره بدون رضاه , ويحصل الرضا بتوكيله على العموم، بقوله: أوكلك بما تصـنعه لـي فـي شأني[٥]. وذهب الحنابلة في الصحيح من مذهبهم إلى جواز توكيل الوكيل غيره، لدلالـة الحـال على الإذن فيه، وذهب آخرون إلى جواز ذلك في حدود ما يعجز الوكيل عنه، فلـه أن يوكّـل غيره به، وليس له أن يوكّل فيما لا يعجز عنه[٦].

وللوصي أن يوكّل بالخصومة; لأنّه قائم مقام الأب, ولأنّه يملك مباشرة الخصومة بنفسه , فله أن يستعين بغيره بخلاف الوكيل, فإن هناك رأي الموكّل قائم, وإذا عجز الوكيل عن المباشرة بنفسه فلا حاجة له إلى الاستعانة بغيره, بل يرجع إلى الموكّل ليخاصم بنفسه أو يوكّل غيره [٧] .

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٧

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص١٣

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص١٢

(٤) سبق تخريجه ص ٢٢٦

(٥) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص١٣

(٦) الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ج٣، ص٣٤٨

(٧) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص١٧

الفرع السادس: تعدد الوكلاء بالخصومة

يجوز تعدد الوكلاء عند جمهور الفقهاء عدا المالكية[١]، فيجوز لصـاحب الخصـومة أن يوكّل أكثر من واحد للتّرافع عنه، كما أن لمجموعة من المدعيين أو المدعى عليهم في خصومة واحدة أن يوكّلوا أحدهم أو غيرهم، سواء انفرد أم تعدد ليخاصم عنهم, ما لم يكن أحدهم يخاصم صاحبه, فلم يجز أن يكون وكيلهما في الخصومة; لأنّه يؤدي إلى فساد الأحكام, فإنّه يكون مدعياً من جانب , جاحداً من الجانب الآخر, والتّضاد منهي عنه في البيع والشّراء, فإذا كان في البيع - لا يصلح الواحد أن يكون وكيلاً من الجانبين - ففي الخصومة أولى , لأن الواحـد يصـلح أن يكون معبراً عن اثنين , كما يصلح أن يكون معبراً عن واحد [٢].

فإذا تعدد الوكلاء فيجوز لأحدهم أن يخاصم بدون محضر من الآخر، لأنّه لو حضروا لم يخاصم إلا أحدهم ; لأنّهم لو تكلّموا معاً لم يتمكّن القاضي من أن يفهم كلامهـم , فلمـا وكّلهـم بالخصومة مع علمه أن اجتماعهم عليها متعذّر , فقد صار راضياً بخصـومة أحـدهم بخـلاف الوكيلين بالبيع , ولكن إذا آل الأمر إلى القبض فليس لأحدهما أن يقبض ; لأنّه رضي بأمانتهمـا أو اجتماعهما في القبض , والحفظ متأت فلا يكون راضياً بقبض أحدهما .[٣]

وذهب الحنابلة[٤] وزفر من الحنفية إلى عدم جواز انفراد أحدهم في الخصومة؛ لأنّه أمـر يحتاج فيه إلى الرأي , ورأي الجماعة لا يكون كرأي الواحد فرضاه برأيهم لا يكون رضا برأي أحدهم , كالوكيلين بالبيع[٥].

---

(١) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٧، ص١٦٦

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص١٦

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص١٢

(٤) ابن قدامه، **المغني**، ج٥، ص٥٧

(٥) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص١٢

الفرع السابع: عزل الوكيل بالخصومة من قبل الموكّل

الأصل أن الموكّل سواء في الخصومة أو في غيرها من الأمور له الحقّ في عزل الوكيل متى شاء; لأن صحة الوكالة لحاجة الموكّل إليه ولما له فيها من المنفعة, وذلك في جوازها دون لزومها, ولأن الوكيل معير منافعه, والإعارة لا يتعلّق بها اللزوم[١] .

إلا أن المالكية لم يجيزوا عزل الوكيل بالخصومة إن كان الأخير قد نازع خصمه وجالسه عند الحاكم ثلاث مرات فأكثر؛ فإن لم يناشب الوكيل الخصومة فله عزله، وإن ناشب ثم ظهر منه غشّ أو تدخيل في خصومته وميل مع الخصم فله عزله[٢].

وعند الحنفية لا يجوز عزل الوكيل بالخصومة في حالة أن يكون الخصم قد أخذه حتى جعله وكيلاً في الخصومة، فلا يكون له أن يخرجه منها إلا بمحضر من الخصم ; لأنّه تعلّق بهذه الوكالة حقّ الخصم , فإنّه إنّما خلّى سبيله اعتماداً على أنّه يتمكّن من إثبات حقّه على الوكيل متى شاء , فلو أجزنا عزله بدون محضر من الخصم ; بأن يعزل الموكّل وكيله ويخفي شخصه فلا يتوصل الخصم إلى إثبات حقّه , فلمراعاة حقّ الخصم لا يتمكّن من عزل الوكيل[٣].

كما لا يجوز عزل الوكيل في الخصومة عند الحنفية دون علمه، خلافاً لما ذهب إليه الشّافعية[٤].

صلاحيات الوكيل بالخصومة وعزله في القانون:

إن صلاحيات الوكيل بصفة عامة يحددها الاتّفاق بين الطرفين، والتّوكيل بالخصومة يكون بألفاظ خاصة بالمرافعة والمدافعة ورفع الدعاوى ومباشرتها، ويعطي الوكيل سلطة بكل ما يتعلّق برفع الدعاوي .

وإن كل ما يقرره الوكيل في حضور الموكّل يكون بمثابة ما يقرره الموكّل نفسه، إلا إذا نفاه في الجلسة نفسها، وإذا لم يحضر الموكّل فلا يصح من الوكيل الإقرار بالحقّ المدعى به، أو

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٧

(٢) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ج١، ص١٨١

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص٧

(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص١٦ ، **البجيرمي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)**، ج٣، ص١٣٧

التّنازل، أو الصلح، أو قبول اليمين أو توجيهها أو ردها، أو ترك الخصومة، أو التّنازل عن الحكم كلياً أو جزئياً ،أو عن طريق من طرق الطّعن فيه، أو رفع الحجز، أو ترك الرهن مع بقاء الدين، أو الادعاء بالتّزوير ما لم يكن مفوضاً تفويضاً خاصاً في الوكالة(1) .

وتنتهي الوكالة بالخصومة بالأسباب العادية لانتهاء الوكالة بصفة عامة، وحيث إن عقد الوكالة عقد غير لازم فيبرم بإرادتين، إلا أنّه قد ينتهي بإرادة أحد طرفيه الموكّل فيعزل الوكيل، أو الوكيل فيعتزل، على أن يكون اعتزال الوكيل في وقت مقبول وبعذر مناسب، وإلا كان متعسفاً في حقّه بإنهاء الوكالة، إلا أنّه لا يحول اعتزال الوكيل أو عزله دون سير الإجراءات في مواجهته، إلا إذا أعلن الخصم بتعين بدله أو مباشرة الدعوى بنفسه(2).

---

(١) دويدار، طلعت محمد وكومان، محمد بن علي، (٢٠٠١). **التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، ج١،ص٣٠٤-٣٠٥

(٢) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٦٢٢، دويدار، **التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية**، ج١،ص٣١٤

المبحث الثاني

علنيّة المحاكمة

والمقصود بهذا المبدأ: أن تجري جلسات المحاكمة بصورة علنية، بحيث لا يمنع أحد من العامة أن يطّلع عليها، ويمكن أن يتحقّق ذلك بإجراء المحاكمة بأماكن خاصة، إلا أن تحقّقه بإجرائها بأماكن عامة آكد . ويعد مبدأ علنية المحاكمة ضمانة من ضمانات حياد القاضي، فإن القاضي المراقب في كيفية سيره في خصوماته وفي أحكامه أبعد عن الحيف ممن لا يراقب إلا رقابة ذاتية .

كما أن هذه الرقابة تثمر في شحذ همم القضاة في تحصيل العلم، والارتقاء في مستوى قضائهم .

ولا يمكن إغفال ما لهذا المبدأ من أثر عظيم على المتخاصمين، وما يبعث في نفوسهم من ثقة في القاضي، وأريحية في التّقاضي .

رغم أن فقهاء المسلمين لم ينصوا على وجوب نظر الخصومات في جلسات علنية, إلا أن هذا الأمر مما لا تأباه قواعد الشّريعة الإسلامية ، بل إنّنا نجد الواقع العملي الذي كان عليه قضاء رسول الله ﷺ وأصحابه من بعده هو العلانية ، فقد جرت الخصومات في زمانهم في المسجد، أو مكان عام لا يمنع أحد من دخوله[1]

بل قد صرح الفقهاء بأنّه يندب أن يحضر العلماء مجالس الحكم[2]، وهذا أبلغ من مبدأ علنية المحاكمة من جهتين، أولهما: أن ندب الحضور أقوى من السماح في الحضور. وثانيهما: أن حضور العلماء أبلغ في تحقيق هدف علنية المحاكمة من حضور غير العلماء.

وقد نصت مجلّة الأحكام العدلية المستقاة من الفقه الإسلامي على هذا المبدأ: "يجري الحاكم المحاكمة علناً، ولكن لا يفشي الوجه الذي يحكم به قبل الحكم"[3].

---

(١) ياسين، **نظرية الدعوى** ، ص٤٤٩

(٢) القنوجي، صديق حسن خان. **ظفر اللاظي بما يجب في القضاء على القاضي**، ط١، تحقيق:أبو عبد الرحمن بن عيسى الباتني، دار ابن حزم، ٢٠٠١، ص١٠٨ ، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٧٩

(٣) باز، **شرح المجلة**، ص١٠٠٥

مبدأ علنية المحاكمة في القانون:

لم ينح أهل القانون منحى مغايراً للشّريعة في إقرارهم لمبدأ علنية المحاكمـة، والسـماح للجمهور من متابعة الخصومة، وهي ضمانة لعدالة سيرها، كما يسمح القانون للمحكمة أن تـأمر بسرية الجلسة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم إذا رأت في ذلك محافظـة علـى النّظام العام، أو مراعاة للآداب أو حرمة الأسرة، إلا أن النّطق في الحكم لا يكون إلا علانيـة، وإلا كان باطلاً[(١)].

(١) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٢٢٨، مسلم، **قانون القضاء المدني**، ص٢٢

المبحث الثالث

حيـــاد القاضـــي

إن هذا المبدأ من أسهم مبادئ الخصومة في الفقه الإسلامي، وقد عني به فقهاء الشّـريعة عناية كبيرة، حيث زخرت مؤلفاتهم بتفاصيل هذا المبدأ العظيم؛ إلا أن مصطلح حياد القاضي لم يرد في كتب الفقة الإسلامي القديمة؛ رغم وجوده فعلياً من النّاحية التّطبيقية والعملية؛ حيـث إن مضمونه ومظاهره مصرح بها عند فقهاء المسلمين الأقدمين، ويبدو أن هذا المصطلح موجـود عند أهل القانون، واستصلحه علماء الشّريعة المعاصرون ممن كتب في القضاء[1] .

ولتأصيل هذا المبدأ في الفقه الإسلامي، سأتطرق لمعنى الحياد فـي اللغـة، ثـم لمعنـاه الاصطلاحي عند أهل القانون، ثم طرح مسائله في الفقه الإسلامي .

جميع قواميس اللغة العربية القديمة لم أجد فيها كلمة حِياد ، وإنّما وجدت فيها كلمة حـاد، حيداً وحيداناً وحايد، أي بمعنى مال عنه .

وكلّها أجمعت على أن الحيد ما نشأ من نواحي الشّيء ، مثل حيد الجبل وحيد الرأس: ما ظهر من نواحيهما .

وفي المعجم الوسيط الحيد ما نشأ من نواحي الشّيء يقال حيد الجبل وحيد الرأس .

والحياد : عدم الميل إلى أي طرف من أطراف الخصومة . والحياد الإيجابي (في السياسة الدولية) ألا تتحيز الدولة لإحدى الدول المتخاصمة مع مشاركتها لسائر الدول فيما يحفظ السـلام العام [2].

أما عند أهل القانون فإن المفهوم العام للحياد يقوم على عنصرين أساسيين هما:

أولا- عنصر نفسي " عدم الانحياز"

---

(١) ياسين، **نظرية الدعوى**، ص٢٣١ ، الزحيلي، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية** ، ج٢، ص٦٢٥

(٢) مصطفى، إبراهيم وآخرون، **المعجم الوسيط**، ج١، ص٢١١

ويعني ألا يكون القاضي متحيزاً لأحد الخصوم ، بألا يحمل أي مشاعر اتّجاه أحد أطراف الدعوى ، سواء كانت مشاعر تعاطف ومودة أم مشاعر كراهية وجفاء؛ بل يجب على القاضـي أن يكون محايداً لا يحكم في الدعوى بناء على أهوائه الشّخصية وما يحمله من مشـاعر حيـال الخصوم.

وهذا الحياد النّفسي أو عدم التحيز هو الدعامة الأساسية التي إذا ما تحقّقت أمكن أن يحكم القاضي بموضوعية في الدعوى، وينبني عليه تحقق الشّرط الثّاني في الحياد وهو

ثانيا- عنصر موضوعي "الموضوعية"

ويعني ألا يبني القاضي حكمه إلا على الوقائع والأدلّة المطروحـة فـي الـدعوى ، وأن يوضح مصادر استقاء معلوماته ، وأن لا يعتمد على معلوماته الشّخصية، وأن يسبب الأحكـام التي تصدر عنه[1] .

وقد عد بعض أساتذة القانون مبدأ استقلال القضاء عنصراً ثالثا ، بالإضافة إلى العنصرين السابقين[2].

ولكن الأظهر والأولى أن يجعل مبدأ استقلال القضاء ضمانة من ضمانات حياد القاضـي، لا عنصراً من عناصره، لعدم تعلّقه في إجراءات الدعوى ، وإنّما تأثيره على نتائجها في بعـض الأحيان .

وبالرغم من أن هذا المصطلح هو مصطلح قانوني، إلا أنّه لا بأس في استعماله من قبـل فقهاء الشّريعة الإسلامية لكونه مصطلحاً يجمع مسائل متفرقة تطرق إليهـا فقهـاء المسـلمين ، ويحصل انسجام واضح في إدراجها ضمنه خصوصاً وأنّه من النّاحية اللغوية يحتمل هذا المعنى كما جاء في القاموس الوسيط.

المطلب الأول : مظاهر حياد القاضي

حيث إن مبدأ حياد القاضي كما سبق هو أمر حسي ظاهر في تعامل القاضي مع الخصوم

(١) يوسف، سحر عبدالستار امام، **دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة**، ٢٠٠٢م ، ص٢١-٢٥

(٢) يوسف، **دور القاضي في الإثبات** ، ص٢١

وسيره في الخصومة، خلافاً للعدل فهو أمر معنوي خفي لا يعلم به إلا الله تعالى ، رغم أن حياد القاضي جانب من جوانب العدل الواجب على القاضي تطبيقها، فكل قاضٍ عادل يلزم أن يكـون حيادياً وليس كل قاضٍ حيادي هو عادل في الحكم .

ويجب على القاضي أن يعرف كيف يكون حيادياً في تعامله مع الخصوم كمعرفته لطـرق الإثبات وأسباب الحكم على السواء، ولا يعذر بجهل ذلك ، لما ذكره أبو بكر في مصـنّفه فـي باب الحكم يكون هواه لأحد الخصمين، عن الحسن في قوله: {**وشَدَدنَا ملكَـه وآتَينَـاه الحِكْمَـةَ وفَصلَ الْخِطَابِ** }[١] قال : العلم بالقضاء [٢].

فإن هذا المبدأ يتجلّى من خلال مظاهر مادية - وقلت مادية في الجملة - حيث إن الجانب النّفسي لا يعتد به إذا لم يؤثّر في سلوك القاضي الذي لا يظهر في سيرة القاضي مع الخصوم- وهذه المظاهر تتنوع إلى عدة أمور يجب على القاضي التقيد بها والتزامها ليكون حيادياً ومنها: المساواة بين الخصوم، والمواجهة بينهم، وعدم تلقين أحد مـن الخصـوم أو الشّـهود ، وتقيـد القاضي بالوسائل الشّرعية للإثبات، وعدم تأخير الحكم وعدم السماح للخصوم بالمماطلة. وحيث تم عرض مسألة المواجهة بين الخصوم في المطلب الأول من المبحث الأول من هـذا الفصـل فسأقوم بعرض ما تبقّى من المظاهر .

الفرع الأول: المساواة بين الخصوم

اتّفق الفقهاء في الجملة على وجوب مساواة القاضي بين الخصمين في كل أمر أو حركـة اتّجاههما في الدخول عليه، وفي القيام لهما، وفي المجلس، فلا يقرب أحدهما أكثر من الآخـر، ويجلسهما بين يديه وفي جواب السلام، وفي النّظر إليهما، وفي الاسـتماع لهمـا، وفـي رفـع الصوت عليهما، وفي طلاقة الوجه، وسائر وجوه الإكرام؛ لئلا ينكسر قلب الآخر ويمنعـه مـن إقامة حجته ، أو الدفاع عن نفسه[٣].

---

(١) سورة ص، أية: ٢٠

(٢) ابن أبي شيبة، **المصنف**، ج٥، ص٣٥٥

(٣) الحسيني، تقي الدين أبو بكر ين محمد الشافعي، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، ط١، تحقيق: علـي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان ، دار الخير ، ١٤١٢ ، ص٥٥٢ ، ابن مـودود، عبـد الله بـن محمود الموصلي الحنفي ، **الاختيار لتعليل المختـار**، تحقيق : زهير عثمان الجعيد ، دار الارقم بـن ابـي الارقم ، بيروت ، ج٢، ص٣٣٤ ، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٦١ ، داماد أفنـدي، **مجمـع الأنهـر**

وقيل أن عليه التّسوية بينهما في كل ما يتمكّن من مراعاة التّسوية فيه، إلا ما لا يكون في وسعه فلا يجب ، كالميل القلبي فهو غير مؤاخذ بذلك، مع إخفائه في سير الخصومة وعدم تأثيره عليها لما روي أن: { النّبي ﷺ كان يسوي في القسم بين نسائه , ثم يقول اللّهم هذا في ما أملك فلا تؤاخذني فيما لا أملك }. يعني من الميل بالقلب إلى عائشة- رضي الله عنها-[(١)].

حتى أن الشّافعية ذهبوا إلى عدم رد القاضي السلام على أحدهما ، وينتظر حتى يسلّم الآخر فيرد عليهما معاً ، فإن لم يسلّم فيقول له سلّم فيرد عليهما[(٢)].

كما وتكون التّسوية مع الوكلاء أيضاً ، فليس للموكّل أن يجلس إلى جانب القاضي ويقول وكيلي جالس مع الخصم[(٣)]، بل تكون التّسوية مع القاضي نفسه إذا تحول إلى خصم :" بأن باع لنفسه شيئاً, أو اشترى لم يقبل قوله في شيء منه على خصمه وهو كغيره من النّاس في هذا ; لأنّه فيما يعمل لنفسه لا يكون قاضياً , وفيما يفعله على غير سبيل الحكم هو كسائر الرعايا" [(٤)]

ويتوجب عليه فصل النّساء عن الرجال، بل على القاضي إفراد وقت أو يوم خاص للنّساء تفادياً للفتنة النّاتجة عن الاختلاط، إلا إذا كانت الخصومة مشتركة بين الرجال والنّساء فلا بأس[(٥)].

ويساوي بينهم في ترتيب الدخول إليه، فإن كانوا مسافرين ومقيمين فيقدم المسافرين على المقيمين إن كانوا قليلين، أو يفرد لهم يوماً خاصاً وذلك بما لا يضر المقيمين، أما إن كانوا كثر

شرح ملتقى الأبحر، ج٢، ص١٥٩ ، المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل،** ج١١، ص١١٨ ، ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام،** ج١، ص٤٦ ، ابن قدامه، **المغني،** ج١٠، ١٢٠ ، الأنصاري، **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية،** ج٥، ص٢٢٥ ، المحقق الحلي، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام،** ج٤، ص٧١ ، أَطفَيش، **شرح النيل وشفاء العليل،** ج١٣، ص٦٦

(١) السرخسي، **المبسوط،** ج١٦، ص٧٦

(٢) الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،** ج٨، ص٢٦١ ، الأنصاري، **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية،** ج٥، ص٢٢٥، كفاية الأخيار، ص٥٥٢

(٣) الحسيني، **كفاية الأخيار،** ص٥٥٢

(٤) السرخسي، **المبسوط،** ج١٦، ص١٠٧

(٥) الحطاب، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل،** ط٢، دار الفكر، ج٦، ص١٢٣ ، السرخسي، **المبسوط،** ج١٦، ص٨٠

فيرتّبهم حسب الأسبق فالأسبق ، فإن لم يعلم الأسبق يقرع بينهم ، والأولى أن يتولّى هذه المهمة الحاجب[(١)].

حتّى إذا جلس الخصمان بين يديه سكت حتى يتكلّما، أو قال لهما معاً: مالكما؟ أي لا يسأل أحدهما دون الآخر[(٢)]، وعند الشّافعية أن خطاب الأمين الواقف عند رأسه لهما أولى[(٣)].

ويجب عليه التّسوية بين النّاس، فلا يسمع لشخص واحد حجتين في نفس اليـوم كـي لا يضر بالآخرين، إلا اذا كانوا قلّة ولا يتأثّرون[(٤)].

ويجب على القاضي كذلك التّسوية بين الخصوم حتّى خارج مجلس القضاء، فلا يجوز له أن يخص أحد الخصمين بالضيافة دون الآخر، وبضيافتهما معاً جاز[(٥)].

فإذا تعدى أحد الخصوم في مجلس القاضي فعلى القاضي أن يأدبه، وتأديب أحد الخصـوم لا ينقض مبدأ حياد القاضي، لأن القاضي لا يؤدب إلا من كان معتدياً ، حتى أن الطّرف الآخـر يكون على علم أنّه لو صدر منه مثلما صدر من خصمه لنال نفس المعاملة . يقول ابن فرحون: " إذا حضر الخصمان بين يديه فليسو بينهما في النّظر إليهما والتّكلّم معهما ما لم يتعد أحـدهما , فلا بأس أن يسوء نظره إليه تأديباً له ويرفع صوته عالياً لما صدر منه من اللدد ونحـو ذلـك , وهذا إذا علم الله تعالى منه أنّه لو كان ذلك من صاحبه فعل به مثل ذلك[(٦)]. ويقول الشّافعي بعـد أن أوجب التّسوية بين الخصوم : "وأن يغير على من نال من عرض صاحبه بقدر ما يسـتوجب بقوله لصاحبه"[(٧)]

---

(١) الشافعي، **الأم**، دار المعرفة، ج٦، ص٢٣٢ ، عليش، **منح الجليل شرح مختصـر خليـل**، ج٨، ص٣٠٥ ، المحقق الحلي، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، ج٤، ص٧٢

(٢) الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢، ابن مودود، **الاختيار**، ج٥، ص٣٣٥

(٣) الحسيني، **كفاية الأخيار**، ص٥٥٤

(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١١٠

(٥) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٧٦

(٦) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ج١، ص٤٦

(٧) الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢

المسألة الأولى: أدلّة وجوب التسوية بين الخصوم

وذلك للآثار الكثيرة الواردة في هذا الموضوع، وقد أفرد أبو بكر في مصنّفه باباً أسـماه الحكم يكون هواه لأحد الخصمين، ومن هذه الآثار :

١. حدثنا أبو بكر قال: حدثنا جرير عن قابوس عن أبيه عن ابن عباس في قوله تعـالى : { **إن الذين يشْتَرون بِعهدِ اللهِ وَأيمانِهم ثَمنًا قَلِيلًا أُولئِكَ لَا خَلَاقَ لَهم فِي الْآخِرةِ ولَا يكلمهم اللـه ولَا ينْظُر إِليهم يوم الْقِيامةِ ولَا يزكيهم ولهم عذَاب أَلِيم** }[(١)] قال : الرجلان يجلسـان عنـد القاضي , فيكون لي القاضي وإعراضه لأحد الرجلين دون الآخر[(٢)] .
٢. عن أم سلمة عنه ﷺ قال: "من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته، ومقعده، ومجلسه، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين ما لا يرفع على الآخر"[(٣)].
٣. وقول عمر في كتابه : " وآس النّاس في مجلسك وفي وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدالك". وذلك لاجتناب مفسدتين إحداهما : طمعـه فـي أن تكون الحكومة له فيقوى قلبه وجنانه. والثانية : أن الآخر ييأس من عدله , ويضعف قلبـه , وتنكسر حجته[(٤)].
٤. حدثنا أبو بكر قال: حدثنا أبو معاوية قال: حدثنا الأعمش عن المنهال عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال : كان بلاء سليمان الذي ابتلي به في ناس من أهل الجرادة كانـت الجـرادة امرأة , وكان هوى سليمان أن يكون الحقّ لأهل الجرادة فيقضي لهم به[(٥)] .
٥. حدثنا أبو بكر قال: حدثنا وكيع قال: حدثنا سعيد بن عبد العزيز التّنوخي عن إسماعيل بـن عبيد الله بن المهاجر عن عبد الرحمن بن غنم الأشعري قال: قال عمر: ويل لـديان أهـل الأرض من ديان أهل السماء يوم يلقونه إلا من أم العدل، وقضى بالحقّ, ولم يقض لهـوى ولا قرابة , ولا لرغبة ولا لرهبة , وجعل كتاب الله مرآة بين عينيه[(٦)].

---

(١) النساء ،الآية ١٣٥

(٢) ابن أبي شيبة، **المصنف** ، ج٥، ص٣٥٤

(٣) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديـث سـيد الأخيـار**، ط١، تحقيق: د. كمال الجمل وآخرون، مكتبة الايمان المنصورة، ١٤٢٠ ، رواه ابو يعلى الدارقطني والطبراني في الكبير ؛ وفي إسناده عبادة بن كثير وهو ضعيف ، ج٨، ص٣١٤

(٤) ابن القيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج١، ص٧٠

(٥) ابن ابي شيبة، **المصنف**، ج٥، ص٣٥٤

(٦) ابن ابي شيبة، **المصنف**، ج٥، ص٣٥٤

٦. حديث علي : لا يضيف أحد الخصمين إلا أن يكون خصمه معه "[١] .

المسألة الثانية: التّسوية بين المسلم والكافر

اختلاف الـفقهاء في وجوب التّسوية بينهما إذا كان أحدهما مسلماً والآخـر كـافراً علـى قولين:

القول الأول: يساوي بينهما في جميع ما ذكر، وهو مذهب الحنفية[٢] والمالكية[٣] وقـول مرجوح عند الشّافعية[٤].

واستدلّ أصحاب القول الأول فيما ذهبوا إليه: بنفس الأدلة التي استدلوا بها على وجـوب التسوية، فهي أدلة عامة في وجوب التسوية لم تفرق بين المسلم والكافر

(١) رواه البيهقي بإسناد ضعيف منقطع , وهو في مسند إسحاق بن راهويه ; قال : أنا محمد بن الفضل , عـن إسماعيل بن مسلم , عن الحسن ; قال : " جاء رجل فنزل على علي فأضافه , فلما فرغ قال : إني أريد أن أخاصم , فقال : تحول , فإن النبي ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه " . وأخرجه عبد الـرزاق من هذا الوجه , ولكن رواه ابن خزيمة في صحيحه عن موسى بن سهل الرملي , عن محمد بن عبد العزيز الرملي , عن القاسم بن غصن , عن داود بن أبي هند , عن أبي حرب بن أبي الأسود , عن أبيه , عن علي ; قال : { كان النبي ﷺ لا يضيف الخصم إلا وخصمه معه } . ذكره البيهقي أنه قرأه في كتابه , وأخرجـه الطبراني في الأوسط عن علي بن سعيد الرازي , عن موسى بن سهل الرملي به بلفظ : { نهى النبـي ﷺ أن يضيف أحد الخصمين دون الآخر } . وقال : تفرد به الواسطي , انتهى . والقاسم بن غصـن مضـعف .أنظر: ابن حجر العسقلاني، الحافظ شهاب الدين أحمد بن علي، (٨٥٢هـ). **التلخيص الحبير في تخـريج أحاديث الرافعي الكبير،** مؤسسة قرطبة ، ج٤، ص٣٥٥

(٢) السرخسي، **المبسوط،** ج١٦، ص٦١، داماد أفندي، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر،** ج٢، ص١٥٩، ابـن مودود، **الاختيار،** ج٢، ص٣٣٤

(٣) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير،** دار احياء الكتب العربية، ج٤، ص١٤٢، **تبصرة الحكـام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام،** ج١، ص٤٦

(٤) الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج،** ج٨، ص٢٦١، الحسيني، **كفاية الأخيار،** ص٥٥٢

القول الثاني: يرفع المسلم في المجلس ويقدمه في الدخول، وهو مذهب الحنابلة[١] ويرفعه في المجلس وفي سائر وجوه الإكرام، وهو مذهب الشّافعية في الصحيح[٢].

واستدلّ أصحاب القول الثاني فيما ذهبوا إليه:

بحديث { علي : أنّه جلس بجنب شريح في خصومة له مع يهـودي , فقـال : لـو كـان خصمي مسلماً جلست معه بين يديك, ولكنّي سمعت رسـول الله ﷺ يقـول :لا تسـاووهم فـي المجالس }[٣] .

الرأي المختار

ويبدو لي أن الصواب في قول الحنفية والمالكية من وجوب التّسوية حتّـى بـين المسـلم والكافر، فهو الأقرب إلى روح الشّريعة ومقتضيات قواعدها العامة، وأن القول بعـدم التّسـوية مخالف لعموم النّصوص الموجبة لذلك، وكذلك فقد وردت أخبار كثيرة عنه ﷺ تقرر أن للذميين في دولة الإسلام ما للمسلمين من الحقوق[٤].

هذا بالإضافة إلى أن الحديث الذي استدلّ به الشّافعية هو حديث ضعيف بجميع طرقـه، كما هو مبين.

---

(١) المرداوي، **الإنصاف**، ج ١١، ص٢٠٥ ، ابن قدامه، **المغني**، ج١٠، ص١٢٠

(٢) الرملي، **فتاوى الرملي**، ج٤، ص١٢٧ ، الرملي، **نهاية المحتاج إلـى شـرح المنهـاج**، ج٨، ص٢٦١، الحسيني، **كفاية الأخيار**، ص٥٥٢

(٣) أبو أحمد الحاكم في الكنى في ترجمة أبي سمير , عن الأعمش , عن إبراهيم التيمي , قال : " عرف علـي درعاً له مع يهودي , فقال : يا يهودي درعي سقطت مني " . فذكره مطولاً , وقال : منكـر, وأورده ابـن الجوزي في العلل من هذا الوجه , وقال : لا يصح , تفرد به أبو سمير , ورواه البيهقي من وجه آخر مـن طريق جابر , عن الشّعبي ; قال : خرج علي إلى السوق , فإذا هو بنصراني يبيع درعـاً , فعـرف علـي الدرع, فذكره بغير سياقه, وفي رواية له : " لولا أن خصمي نصراني, لجثيت بين يديك " . وفيه عمر بـن شمر عن جابر الجعفي , وهما ضعيفان, وقال ابن الصلاح في الكلام على أحاديث الوسيط : لم أجـد لـه إسناداً يثبت , وقال ابن عسكر في الكلام على أحاديث المهذّب : إسناده مجهـول ، انظـر: ابـن حجـر العسقلاني، **التلخيص الحبير**، ج٤، ص٣٥٥

(٤) ياسين، **نظرية الدعوى** ، ص٤٤٢

الفرع الثاني: عدم تلقين أحد من الخصوم أو الشّهود

وهذا من المبادئ العامة التي توجب على القاضي عدم تلقين أحد الخصوم حجتـه أو مـا يوصله إلى الانتصار على خصمه في الدعوى ، فلا يقوم القاضي بطلب الإجابة مـن المـدعى عليه دون طلب المدعي لذلك مع الخلاف في هذه المسألة ، وكذلك إذا نكل المدعى عليـه فـلا يقول له: احلف اليمين على نفي دعوى المدعي، ولكن يقول للمدعي ها هو قد نكل فماذا تريـد؟ حتى يطلب هو منه تحليف المدعى عليه؛ لأن في طلب القاضي من المدعى عليه الحلـف دون طلب المدعي تلقيناً للمدعي بما يجب عليه فعله [(١)]. روى أبو بكر عن شريح قال: مـا شـددت على لهوات خصيم ولا لقّنته حجته[(٢)] .

ليس فحسب بل زيادة في توخّي عدم التّلقين والإعانة، فإنّه لا يجوز للقاضي أن يخلو بأحد الخصمين أو أن يسار له كي لا تحصل مظنّة التّلقين[(٣)].

ويندرج تحت هذا المبدأ أيضاً، عدم تلقين القاضي للشّهود، لأن الشّهود وإن لـم يكونـوا طرفاً في الخصومة إلا أنّهم يفترض بهم أن يشهدوا لأحد الخصمين، وفي إعـانتهم أو تلقيـنهم إعانة لمن يشهدون له، ويفرق بين التّلقين والتّوقيف، فهذا الأخير بأن يقرأ القاضي للشّـهود مـا شهدوا به بعد تسجيله، فالتّوقيف جائز ولا يعد تلقيناً [(٤)].

والخلاف الحاصل بين أبي حنيفة ومحمد من جهة وبين أبي يوسف من جهة أخرى فـي جواز قول القاضي للشّاهد: أتشهد بكذا؟ فأجازه أبو يوسف ولم يجيزاه[(٥)].

والذي يظهر والله أعلم أنّه ليس الخلاف في جواز التّلقين، فعندهم جميعاً لا يجوز التّلقين، بدليل اتفاقهم في عدم جواز تلقين أحد الخصوم ، ولكن أبا يوسف لا يرى أن هذا القول للشّـاهد تلقيناً له؛ لما عرف واعتاد من تلبك الشّهود وتلجمهم وعدم قدرتهم على أداء الشّهادة ، لما يقـع في نفوسهم من خوف وفزع من مجلس القضاء وهيبته.

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٨٤ ، الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢

(٢) ابن أبي شيبة، **المصنف**، ج٥، ص٣٥٦

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٨١

(٤) الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢

(٥) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٨٧

وكأن هذه الإعانة للشّهود في مقابل تلجمهم وتلبكهم في مجالس القضاء ، فتحصل المساواة بذلك .

ويقابل تلقين الشّاهد، بما يحدثه من إعانة للخصم المشهود له، انتهار الشّـاهد وتخويفـه وتعنيته، فإنّه يحدث إعانة للخصم المشهود عليه، فيؤدي إلى عدم تمكين الشّاهد من أداء شهادته على وجهها، أو ينسى بعضها فلا يجوز هذا كذلك[١].

الفرع الثالث: تقيد القاضي بوسائل محددة في الإثبات

وهذا من مظاهر حياد القاضي، فإن الشّريعة الإسلامية قد رسمت للقاضي خط سيره فـي الخصومة، وحددت له طرق الحكم وموجباته وإجراءات سير الخصومة [٢].

وحيث إن القاضي مقيد بهذه الوسائل المحددة شرعاً، وبتقييد الشّريعة له بهـذه الوسـائل تكون قد فعلت وأكّدت مبدأ الحياد ، فيتوجب عليه الحكم بما حصل عنـده مـن هـذه الطّـرق، وجوبا[٣]، ولا يمكّن من محاباة طرف على آخر، وسيتم بحث هذه المسألة بتفصيل أكثـر فـي الفصل القادم –إن شاء الله تعالى- .

الفرع الرابع: عدم السماح للخصوم بالمماطلة

إن الباعث على الخصومة أمام القضاء، هو مطالبة المدعي بحقّه قبل المدعى عليـه فـي ظاهر الأمر، فإذا ثبت هذا الحقّ بالوسائل الشّرعية ، وتوفّرت شروطه وانتفت موانعه، فيجـب على القاضي القضاء به للمدعي، ولا يجوز له تأخير هذا الحكم، وذلك لمصلحة المدعي المعتبرة شرعاً وهي تمكينه من الانتفاع بهذا الحقّ، ففي تأخير إيصاله حقّه منعاً له من الانتفاع بهذا الحقّ أثناء مدة التّأخير؛ وحيث إن المنافع مصالح معتبرة شرعاً فإن التأخير يكون إضراراً به .

---

(١) الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢

(٢) الزحيلي، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية**، ج٢، ص٦٢١

(٣) الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢ ، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٧٦ ، الزحيلـي، **وسـائل الإثبـات فـي الشريعة الإسلامية**، ج٢، ص٦٢٢

وذكر الحنفية ثلاثة مسوغات للقاضي لتأخير الحكم لا يتعداها وهي: رجاء الصـلح بـين الأقارب، والريبة ، وإمهال المدعى عليه لرد الشّهادة[١].

كما أن على القاضي إمهال الخصوم عند طلبهم منه ذلك لإقامة البينات بقدر ما يتمكّن بـه الطالب من إقامة الحجة، فيمهل المدعي ليأت بالبينة ، ويمهل المـدعى عليـه الـدافع لـدعوى المدعي لإحضار بينته فإنّه مأمور بالتّسوية بينهما، ولكن يشترط في الإمهال أن لا يضر بالخصم فيتوسط في هذا الأمر [٢].

ويجب على القاضي عند تأجيله للخصومة أن يراعي العدل , وأن يكون التأجيـل بقـدر الحاجة , فإن ظهر عناد المدعى عليه ومدافعته لم يضرب له أمداً بل يفصل الخصـومة , فـإن ضرب هذا الأمد إنّما كان لتمام العدل , فإذا كان فيه إبطال للعدل لم يجب إليه الخصم[٣].

ويعد من تأخير الحكم كذلك تأخير من حضر إليه بخصومة، يقول ابن فرحون: " ولـيس للقاضي تأخير الخصوم إذا تنازعوا إليه إلا من عذر . ولا يجوز له أن يحجب إلا فـي أوقـات الاستراحة" [٤].

مبدأ حياد القاضي في القانون:

أخذ القانون بمبدأ حياد القاضي وعده ركيزة من ركائز العدالة، بمعنى أن موقف القاضـي من الخصوم يجب أن يكون غير متحيز لأحد منهم ولا أن يكون ضد أحد منهم، وهذا الأصل من أصول التّقاضي يلتقي مع مبدأ النّزاهة من مبادئ التّنظيم القضائي، من حيث إن بعض أسـباب عدم صلاحية القاضي أو أسباب رده ترجع إلى تعذّر حياد القاضي، أو الشّك في هذا الحياد .

ولحياد القاضي مظاهر خارجية فضلاً عن المضمون الضميري، إذ يجب أن يكـون فـي مسلك القاضي ما يحقّق المساواة بين الخصوم، ولا يجوز له أن يقضي بعلمه، وتحاشي أن يكون حكماً وخصماً في نفس الوقت، فالمساواة بين الخصوم تستوجب ألا يعبس لخصم ويبشّ في وجه الآخر، ولا يسمح لواحد في الجلوس بينما يظلّ الآخر واقفاً، إلا أن يراعي اعتبـارات إنسـانية

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١١٠، الزحيلي، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية**، ج٢، ص٦٢٢

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٦٣

(٣)ابن القيم ، **إعلام الموقعين**، ج١، ص٨٧

(٤) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ج١، ص٤٦

كالمرض والشّيخوخة، وأكثر أسباب عدم الصلاحية أو الرد ترجع لوجود مصلحة للقاضـي، أو لتفادي الجمع بين صفتي الخصم والحكم[١] .

المطلب الثاني: ضمانات حياد القاضي

لما كان مبدأ حياد القاضي من المبادئ الراسخة في الشّريعة الإسلامية، والذي له أثر كبير في تحقيق العدالة في الخصومة وإجراءاتها، فقد حرصت الشّريعة على إيجاد ضمانات ودعـائم لهذا المبدأ ومن أهم هذه الضمانات :

أن شدد الفقه الإسلامي في شروط تعيين القاضي[٢] الأصلية والشّروط التكميلية[٣]، والتي مؤداها أن يكون القاضي عالماً تقياً، وحضه على التزام ذكر الله وطاعته، ومحاسبة نفسـه بعـد الخروج من المجلس[٤] ، فبإيجاد وتقوية الباعث النّفسي على عدم ظلم الآخرين، والحرص على تحقيق العدالة، وضمانة حياده بين الخصوم .

ولم يكتف الفقه الإسلامي بإيجاد العوامل والضمانات الذّاتية، وأخذ ببسط وسائل الرقابـة والحماية الخارجية، بإقرار مبدأ علنية المحاكمة وندب حضور الفقهاء في مجلـس القضـاء[٥] ، وبوجوب اتّخاذ القاضي كاتباً من أهل العفاف والصلاح[٦] ، فبحضورهم فـي مجلـس القضـاء ضمانة من ضمانات حياد القاضي، فإنّه يكون مشاهداً ومراقباً في أفعاله فلا يظلم ولو حياء .

---

(١) مسلم، **قانون القضاء المدني**، ص١٨٠-١٨١

(٢) مرسي، فاروق عبد العليم ، **القضاء في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنـة، ط١،** عالم المعرفـة، ١٩٨٥م ص١٠١ .

(٣) المكناسي، القاضي أبي عبد الله محمد بن عبد الله، (ت: ٩١٧هـ). **مجـالس القضـاة والحكـام والتنبيـه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام، ط١،** تحقيق: د. نعـيم الكثيـري ، ٢٠٢م، ج١، ص١٢٢

البخاري، **ضفر اللاظي بما يجب في القضاء على القاضي**، ص٢١٥ وما بعدها ،

السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٠٨ وما بعدها.

(٤) ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد، (ت:٨٠٨هـ). **مزيل الملام عن حكام الأنام،** ط١، تحقيـق: فؤاد عبد المنعم أحمد ، دار الوطن، الرياض، ١٤١٧هـ، ص١٠٥ وما بعدها.

(٥) البخاري، **ضفر اللاظي بما يجب في القضاء على القاضـي**، ص١٠٨ ، السرخسـي، **المبسـوط**، ج١٦، ص٧٩

(٦) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٩٠

وبعد إيجاد الفقه الإسلامي للرقابة الذاتية والخارجية كضمانة للحياد، اتّخذ كذلك العديد من التّدابير الوقائية كاستقلال القضاء وما يشكّل من ضمانة حقيقية من ضـمانات الحيـاد، ومنـع للسلطة التّنفيذية من التّدخّل في قضاء القاضي والإيعاز له بوجه الحكم ، ويجب غلق كل وسـيلة من وسائل الضغط على القاضي ، فذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز عزل السلطان للقاضـي العادل بلا مصلحة، وإن فعل فلا ينعزل(١).

ومن التّدابير الوقائية في الفقه الإسلامي ، إبعاد القاضي عن كل عمـل يضـعه موضـع التّهمة وعدم الحياد، كمنع قضاء القاضي لأقربائه ، وليس له أن يحكم لأحد من والديه ولا مـن أولاده لأجل التّهمة ويحكم عليهم لانتفائها, ويحكم لعدوه ولا يحكم عليه (٢)، فإن قضى لهـم رد حكمه"(٣) ، وكذلك تجنّب كل موضع تهمة، فقد منع الفقهاء القاضي من الإفتاء فيمـا يمكـن أن يخاصم فيه عنده، وروي في المذهب المالكي الكراهة ، والظاهرالمنع(٤).

كما أن إهداء القاضي هو موضع تهمة وشبهة(٥) ، سواء أكانت الهدية مـن الخصـوم أم كانت من غير الخصوم ، وهي مظنّة الحيف والظّلم في نظر الخصم ، ورجحان عدم الحياد .

فإن كانت من الخصوم فلا ينبغي له قبولها، والإثم على الآخذ والمعطي ، وإن كان ممـن يهدي له قبل هذه الخصومة، فلا يأخذها حتى تنتهي خصومته"(٦).

وكذلك لا ينبغي أخذ الهدية ولو من غير الخصوم ، ممن كان لا يهدي له قبل التّنصـيب، إلا من ذوي رحم محرم(٧) ، يقول ابن فرحون: "وليس لمن تقلّد القضاء أن يقبل هدية من خصم ولا من أحد من أهل عمله وإن لم يكن له خصم، لأنّه قد يستعديه فيما يليه. روي عن النّبـي ﷺ أنّه قال : { هدايا الأمراء غلول } . فإن قبلها وعجل المكافأة عليها ملكها , وإن لم يعجل المكافأة

---

(١) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٤، ص١٣٨، البجيرمي، **التجريد لنفع العبيـد (حاشـية البجيرمي على المنهج)**، ج٤، ص٣٤٩، المرتضى، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصـار**، ج٦، ص١٣٦

(٢) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ج١، ص٤٦

(٣) الشافعي، **الأم**، ج ٨، ص٤١٠ ، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٠٧

(٤) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٤، ص١٣٩

(٥) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج ٩، ص٩

(٦) الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢

(٧) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٧٦

عليها كان بيت المال أحقّ بها إن تعذّر ردها على المهدي لأنّه أولى بها منه"[١]. فإن كان هـذا حال الهدية فمن باب أولى تجنّب الرشوة[٢] ، وسداً لباب الرشاوى والهدايا، فإن القاضي يعطـى من بيت المال ما يغنيه، وأنّه لا بأس للقاضي أن يأخذ ذلك ; لأنّه فرغ نفسـه لعمـل المسـلمين فيكون كفايته وكفاية عياله في مال المسلمين[٣] , حتّى وإن كان صاحب ثروة ، إلا أن لا يأخـذ ويحتسبه عند الله، من تلقاء نفسه[٤] .

كما أن الفقهاء لم يجيزوا للقاضي التّجارة لنفسه في مجلس القضاء، وأجازوها لليتـامى أو لميت مدين؛ لأنّه عند جلوسه في مجلس القضاء تعين له فلا يخلط معه شـيئا مـن المعـاملات الأخرى، ولأن الإنسان فيما يبيع ويشتري يمارس عادة, وذلك يذهب حشمة مجلس القضاء ، أما بيعه وشراؤه لنفسه خارج مجلس القضاء فقد ذهب بعض العلماء إلى كراهته، ويروون في ذلك حديثا أن النّبي ﷺ قال: { لا يبيع القاضي ولا يبتاع }. ولأن لا يكون سبب ربحه هـو القضـاء حيث أن النّاس يسامحون في المعاملة مع القضاة خوفاً منهم أو طمعاً فيهم . فلا بأس أن يفوض به غيره على وجه لا يعلم أنّه يباشر[٥].

كما أن دعوة القاضي من أحد الخصوم لا خلاف أنّه لا يجوز له تلبيتها ولو كانت الدعوة جامعة وعامة، وذلك لما فيه من خرق واضح لمبدأ حياد القاضي، أما إن لـم تكـن مـن أحـد الخصوم ، فالأولى أن لا يلبي الدعوى ، فإن لباها لا بأس عليه ، أما الدعوة الخاصة وإن كانت من غير الخصوم فلا يلبها لأنّها تجر إليه التّهمة ، وتطمع النّاس به خصوصاً إذا كانت ممـن لا يدعونه قبل تنصيبه، وقيل إن الدعوة الخاصة التي تقتصر على الخمسة والعشـرة ، وقيـل أن الفرق بينهما أن كل ما يمتنع صاحب الدعوة من إيجاده إذا علم أن القاضي لا يجيبه فهو الدعوة الخاصة , وإن كان لا يمتنع من إيجاده لذلك فهو الدعوة العامة ; لأنّه عند ذلك يعلم أن القاضـي لم يكن مقصوداً بتلك الدعوة [٦].

---

(١) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ج١، ص٤٦

(٢) القنوجي، **ضفر اللاظي بما يجب في القضاء على القاضي**، ص١٠٦، الحسام الشهيد، أبو بكر احمد بن عمر الخصاف، شرحه الامام عمر بن عبد العزيز المعروف، **شرح أدب القاضـي، ط١،** تحقيـق: أبـو الوفـا الافغاني، وابو بكر الهاشمي، دار الكتب العلمية ، ١٤١٤هـ ، ص٨٣

(٣) الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي، ص٨٠

(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٠٢

(٥) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٤، ص١٤٠، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٧٧

(٦) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٨١

وقد أخذ القانون بمدأ استقلالية القضاء، وذلك حماية للقضاة من أي تدخّل في أدائهم للعدالة سواء من جانب السلطة التّنفيذية أو التّشريعية، فلا يجوز لأي رجل من رجال السلطة التّنفيذيـة مهما علا مركزه أن يتدخّل لدى أي محكمة في أي قضية معروضة عليها.

ويمتد استقلال القضاء إلى إدارته، فيتولّى هذه الإدارة عادة رجال القضاء أنفسهم متفرغين لها مع احتفاظهم بوظائفهم القضائية(١) .كما منـع القـانون القضـاة مـن مزاولـة التّجـارة(٢) .

(١) مسلم، **قانون القضاء المدني**، ص٢٠-٢١

(٢) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٣٥٢

المبحث الرابع

مراعاة حال القاضي والخصوم

إن القاضي والخصوم هم عناصر ومكونات الخصومة القضائية، لذلك فقد عنيت الشّريعة الإسلامية وأولتهم اهتماماً كبيراً لم يوله لهم أي تشريع آخر، فلم تقتصر عنايتها على الجانب المادي لهم، بل تعدت ذلك إلى الجانب المعنوي، فقد اهتمت بالحالة النّفسية لكل من القاضي والخصوم وما يؤثّر فيها، فأيدت العوامل المؤثّرة فيها إيجاباً، ونبذت العوامل التي تؤثّر فيها سلباً، وقد تطرقنا لكثير من هذه العوامل في المباحث السابقة؛ فإتاحة حقّ الدفاع والتّوكيل والمواجهة، وكون القاضي حيادياً كلّها تؤثّر إيجاباً في نفسية الخصوم، كما أن علنية المحاكمة، وندب حضور أهل العلم مجالس القضاء ومشاورتهم يؤثّر إيجاباً في نفسية القاضي ويشحذ همته، ومنها كذا شرط اعتدال حال القاضي .

المطلب الأول: شرط اعتدال حال القاضي

تميز التّشريع الإسلامي بالعناية بحال القاضي لما لذلك من أثر مباشر في قضائه، وحيث أرادت الشّريعة أن تكون نتيجة قضائه العدل، فقد عالجت العوامل المفضية لهذه النّتيجة، والأصل في ذلك ما رواه أبو بكر عن عبد الرحمن بن أبي بكرة عن أبيه قال : قال رسول الله ﷺ : { لا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان}[(١)].

وهذا الحديث أصلاً يقاس عليه جميع ما يعرض للقاضي من أمور تشوش فكره وتؤثّر في حكمه من حزن أو غضب أو نعاس أوجوع أوعطش أوضجر[(٢)] ، وكأن الغضب إنّما خص في النّص لشدة استيلائه على النّفس، وصعوبة مقاومته[(٣)]، يقول الشّافعي: " ومعقول في قول رسول

---

(١) في صحيح البخاري عن عبد الرحمن ابن أبي بكرة قال: كتب أبو بكرة إلى ابنه وكان بسجستان بأن لا تقضي بين اثنين وأنت غضبان فإني سمعت النبي ﷺ يقول: (لا يقضين حكم بين اثنين وهو غضبان) حديث رقم:٦٧٣٩، كما أخرجه مسلم في الأقضية باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان رقم ١٧١٧ (بسجستان) إقليم من أقاليم العراق إلى جهة الهند]

(٢) الحسام الشهيد، شرح أدب القاضي، ص٦٨ ، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٧٨-٧٩

(٣) ابن دقيق العيد، محمد بن علي بن وهب تقي الدين، (ت:٧٠٢هـ). **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، مطبعة السنة المحمدية، ج٢، ص٢٧٣

الله ﷺ: { لا يحكم الحاكم ولا يقضي القاضي بين اثنين وهو غضبان }. أنّه أراد أن يكون القاضي حين يحكم في حال لا يتغير فيها خلقه ولا عقله , والحاكم أعلم بنفسه فأي حال أتت عليه تغير فيها عقله أو خلقه انبغى له أن لا يقضي حتى يذهب، وأي حال صار إليه فيها سكون الطّبيعة واجتماع العقل حكم , وإن غيره مرض أو حزن أو فرح أو جوع أو نعاس أو ملالة ترك وأكره له البيع والشّراء خوف المحاباة بالزيادة ويتولاه له غيره"(١).

وكذلك ليس عليه أن يتعب نفسه فيقضي النّهار كلّه، ولا يكثر من القضاء فيخطئ ، كذلك عند الجوع الذي يخاف على فهمه منه الإبطاء أو التقصير، والشّبع الكثير (٢).

ورغم طلب المشرع من القاضي القضاء حال اعتداله، وعدم القضاء في هذه الحالات، إلا أنّه لو قضى مع وجودها فإن القضاء ينفذ إذا صادف الحقّ (٣) .

كما راعى التّشريع الإسلامي مسألة هامة وهي مسألة تغير حكم القاضي بين حادثتين متشابهتين، وما قد يسبب ذلك حرجاً للقاضي واستحياء؛ وذلك لأن القضاء في الفقه الإسلامي مبني على الاجتهاد، فإذا عرضت عليه حادثة مشابهة وقد حصل عنده من العلم أو الفهم ما يغير اجتهاده وحكمه السابق فلا حرج في ذلك ، وهو فعل الصحابة، حيث فعل ذلك عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- وقال : ذاك على ما قضينا ، وهذا على ما نقضي .

بل إن رجوع القاضي عن حكمه حتى في نفس الحادثة بعد أن أصدر فيها حكماً واجب، إذا كان هذا الحكم مخالفاً نصاً شرعياً من كتاب أو سنّة، يقول السرخسي شارحاً لكتاب عمر: " (قال) ولا يمنعك قضاء قضيت بالأمس راجعت فيه نفسك وهديت لرشدك أن تراجع الحقّ، فإن الحقّ قديم ومراجعة الحقّ خير من التّمادي في الباطل , وفيه دليل أنّه إذا تبين للقاضي الخطأ في قضائه بأن خالف قضاؤه النّص أو الإجماع فعليه أن ينقضه ولا ينبغي أن يمنعه الاستحياء من النّاس من ذلك .. فزلّة العالم سبب لفتنة النّاس كما قيل: إن زلّ العالِم زلّ بزلّته العالَم, ولكن هذا في حقّ القاضي أوجب; لأن القضاء ملزم (٤) .

---

(١) الشافعي، **الأم**، ج٨، ص٤٠٨

(٢) الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، (ت:٤٧٤هـ). **المنتقى شرح الموطأ**، دار الكتاب الإسلامي، ج٥، ص١٨٥

(٣) ابن دقيق العيد، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، ج٢، ص٢٧٣

(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٦٢

أما في ظل التّقنينات والقوانين فإن تغير الحكم النّاتج عن الاجتهاد غير متصـور، لحسـم القانون للاجتهاد المختار الواجب على القاضي اتباعه .

المطلب الثاني: حسن معاملة الخصوم والشّهود

رغّب التّشريع الإسلامي في إكرام الشّهود، ورغم أن الشّـهود يشـهدون لأحـد طرفـي الخصومة، إلا أن إكرامهم لا يخلّ بمبدأ حياد القاضي ، خلافاً لتلقينهم كمـا سـبق بحثـه ، إذ الإكرام هو لذات الشّخص ، ولا يمتّ للخصومة بصلة ، يقول السرخسـي : " وأمرنـا بـإكرام الشّهود قال ﷺ: { أكرموا الشّهود فإن الله تعالى يحيي بهم الحقوق } . ولا بأس أن يقدم الشّـهود جميعاً أو واحداً واحداً[(١)].

وعكس إكرامهم، انتهارهم وتعنيتهم، وهو ما نص الفقهاء على عدم جوازه، يقول الشّافعي : "ولا ينبغي للقاضي أن ينتهر الشّاهد , ولا يتعنّته"[(٢)].

ومن حسن معاملة الشّهود التّوقيف، بأن يقرأ القاضي للشّهود ما شهدوا به بعـد تسـجيله، فالتّوقيف جائز ولا يعد تلقيناً، بل يبعث في نفس الشّاهد الطمأنينة لما سجل من شهادته [(٣)].

وعلى القاضي حسن معاملة الخصوم وإجلاسهم[(٤)] وعدم التّضجر في وجوههم وتعنيـتهم وعدم الوقوف على لهواتهم[(٥)] ما لم يتعد أحدهم , فلا بأس أن يسوء نظره إليه تأديباً له ويرفـع صوته عالياً لما صدر منه من اللدد ونحو ذلك [(٦)]، وأن يكون التأديب بقدر ما يستوجب فلعه[(٧)].

وإن تأديب أحد الخصوم لا ينقض مبدأ حياد القاضي، لأن القاضي لا يؤدب إلا من كـان معتدياً ، حتى أن الطّرف الآخر يكون على علم أنّه لو صدر منه مثلما صدر من خصمه لنـال نفس المعاملة .

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٨٧

(٢) الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢

(٣) الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢

(٤) ابن قدامه، **المغني**، ج١٠، ص١٢٢

(٥) ابن أبي شيبة، **المصنف**، ج٥، ص٣٥٦

(٦) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ج١، ص٤٦

(٧) الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢

أخذت القوانين الوضعية بتأديب الخصوم في حال الإخلال بنظـام الجلسـات، وصـدور تصرفات غير لائقة، إلا أنّه لم ينص على حسن معاملة القاضي للخصوم أو الشّهود، كما أنّه لم ينص على اعتدال حال القاضي.

الفصل الثالث

مراحل الخصومة ويشتمل على تمهيد و مبحثين:

إن هذا الفصل من الدراسة سيعنى بسبر وحدة الخصومة، ودراسة إجراءاتها دراسة تحليلية بأطر قواعدية، ولاحظت اختلاف هذه المراحل- من حيث التغير والثبات- إلى مراحل أساسية، وهي الثابتة في كل خصومة، ومراحل الخصومة العارضة، وهي متغيرة وغير ثابتة، فيمكن أن تعرض في بعض الخصومات، ولا تعرض في أخرى، فالمراحل الأساسية هي: ابتداء الخصومة ، وانعقادها، وانتهاؤها، والمراحل العارضة: ما يطرأ عليها كنقض الأحكام وطرق نقضها والإجراءات الاحتياطية أوالتحفظية .

تمهيد: توقيفية الإجراءات وقوانين بحثها، وسريانها بأثر رجعي

المبحث الأول: مراحل الخصومة الأساسية

المبحث الثاني: مراحل الخصومة العارضة

تمهيد: توقيفية الإجراءات وقوانين بحثها، وسريانها بأثر رجعي

توقيفية الإجراءات وقوانين بحثها:

المقصود بهذا الموضوع هل إجراءات الخصومة توقيفية بحيث إن القاضي يتوقّف عندها ولا يتجاوزها أو أنّه في فسحة من الاختيار؟ ومن ناحية أخرى هل هـذه الإجـراءات توقيفيـة بمعنى أنّه يتوقّف فيها بما وردت به النّصوص أم أنّها اجتهادية، ومواطن وجود هذه الإجراءات؟

مما يجب الاتّفاق عليه أن هذه الإجراءات تنقسم إلى إجراءات أساسية، ويمكـن تسـميتها كذلك بأصول الإجراءات، وأخرى ثانوية رغم أن كليهما يعد من المسائل الشّكلية، وقلنا شـكلية لأن كليهما -وكما سبق بيانه- تبحث في شكل إيصال الحقّ الموضوعي لصاحبه، وليس في ذات الحقّ .

وقد اجتهد الفقهاء في محاولة التّفريق بين الإجراءات الأساسية والثانوية، فتم تقسيم هـذه الإجراءات إلى إجراءات لا يجوز تجاوزها أو مخالفتها، فإن حصل تجاوزها أو مخالفتها وجـب الفسخ، وأن ما لا يوجب الفسخ هو من قبيل الإجراءات الثانوية، وذهب الرحيباني لمثـل ذلـك ولكن بتعبير يجوز الاعتراض عليها أو لا يجوز، فيقول: " ويحرم الاعتراض عليه أي الحـاكم لتركه تسمية الشّهود قال في الفروع وذكر شيخنا أن له طلب تسمية البينة; ليتمكّن مـن القـدح بالاتّفاق، ويتوجه مثله حكمت بكذا , ولم يذكر مستنده بإقرار أو بينة أو نكول، فيحرم الاعتراض عليه لذلك" [(١)].

إلا أن الفقهاء لم يضعوا الحد الفاصل بين ما يجوز فسـخه أو الاعتـراض عليـه مـن الإجراءات، وبين ما لا يجوز ذلك، ولا يمكن أن يكون ذلك بالفسخ أو الاعتـراض، أو عدمـه، لأن هذا الأمر ليس بضابط، ومع القول به ندخل في الدور، فنحتاج إلى القول ما الإجراءات التي يتم الفسخ بتجاوزها، أو مخالفتها؟ وما التي لا يتم الفسخ بذلك؟

لذلك يكاد يكون من الصواب القول إن الضابط في الحد الفاصل بين هذه الإجراءات، أن ما استُنبط من هذه الإجراءات بطريق استنباط الأحكام الشّرعية من الأدلّة التّفصـيلية، كالبينـة

---

(١) الرحيباني، مصطفى السيوطي، (ت: ١٢٤٣هـ). **مطالب أولي النهى في شـرح غايـة المنتهـى**، ط٢، المكتب الإسلامي، ج٦، ص٥١٠

وعبء الإثبات واليمين والنّكول وغيرها، فإن هذه الإجراءات تكون إجراءات أساسية ويترتّب على تجاوزها ومخالفتها الفسخ، أما ما بني على السياسة الشرعية من إجراءات، كتسمية الشّهود وحصر البينة وغيرها، فهي ثانوية ولا يترتّب الفسخ على تجاوزها أو مخالفتها(١).

كان ذلك فيما إذا لم يقيد السلطان القاضي بقانون معين، فإن كان التقييد فجميع ما ورد في هذا القانون يعد من قبيل ما يستنبط من الأدلّة وهي إجراءات أساسية لا يسع القاضي تجاوزها أو مخالفتها، وإن فعل فيترتّب على ذلك الفسخ، وذلك قياساً على نقض قضاء القاضي في المجتهدات ما لم يقيده السلطان بمذهب فلا ينفذ قضاؤه بغيره، لما تقرر أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والأشخاص والحوادث(٢).

أما إن لم تكن هذه الإجراءات من المنصوص عليها فيما قيد القاضي من تطبيق القانون فإن له في الأمر سعة، وتُعد هذه الإجراءات ثانوية، لا يتم الفسخ بتجاوزها أو مخالفتها .

لقد وردت نصوص ببعض الإجراءات من الكتاب والسنّة وغيرها من الأدلّة التفصيلية مثل قوله ﷺ: (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)(٣). إلا أن هذه الأدلّة لم تشمل جميع إجراءات الخصومة كالمدد والآجال وغيرها، إلا أن فقهاء المسلمين لم يألوا جهدا في الاجتهاد باستنباط هذه الأحكام، ونظراً لتغير الأزمان وتطور الحياة، كان لزاماً ولوج السياسة الشّرعية في هذا المجال، مما يعطي انطباعاً أنّها غير توقيفية وقابلة للاجتهاد .

وفي بحث وعرض المتقدمين من فقهاء المسلمين لهذه الإجراءات لم يفردوها عن غيرها من الأحكام الفقهية، وإن كانوا قد حصروا معظمها في باب القضاء والدعوى والبينات؛ إلا أنّه في ظل دولة الخلافة العثمانية تم تقنين هذه الإجراءات ضمن مجلّة الأحكام العدلية، وبعدها تم فصلها بقوانين منفصلة بما يعرف بقوانين أصول المحاكمات ومنها الحقوقية والجزائية .

---

(١) حيث أن رسول الله ﷺ لما أراد أن يبعث معاذا إلى اليمن قال " كيف تقضي إذا عرض لك قضاء ؟ " قال أقضي بكتاب الله قال " فإن لم تجد في كتاب الله ؟ " قال فبسنة رسول الله ﷺ قال " فإن لم تجد في سنة رسول الله ﷺولا في كتاب الله ؟ " قال أجتهد رأيي ولا آلو (لا أقصر في الإجتهاد) فضرب رسول الله ﷺ صدره وقال " الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله "، قال الشيخ الألباني : ضعيف، أنظر، أبو داود، سنن أبي داود، حديث رقم ٣٥٩٢

(٢) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص١١

(٣) البيهقي، معرفة السند والآثار، باب القضاء باليمين مع الشاهد، حديث رقم ٦١١٣ .

وبالقول أن هناك إجراءات يترتّب على مخالفتها أو مجاوزتها الفسخ، فإن هـذا يعنـي أن القاضي مقيد باتّباع هذه الإجراءات، وكذلك الأمر بالقول أن هنالك إجراءات لا يترتّـب علـى مخالفة القاضي لها الفسخ، فإن المشرع هو الذي أعطاه الحق بتجاوزها، وبالتّالي لا يمكن القول أنّه غير مقيد في نطاقها، فلا يجوز للقاضي ولو بالاتّفاق مع الخصوم أن يجعـل البينـة علـى المدعى عليه، أو أن يحكم بينهما بوسيلة غير معتبرة شرعاً كالمبارزة أو القرعة وغيرها.

توقيفية الإجراءات وقوانين بحثها في القانون:

يعد القانون المدني الأصل لباقي القوانين الأخرى، وإن قـانون المرافعـات أو أصـول المحاكمات كان فرعاً من فروعه، ثم تم اقتطاع القواعد التي تنظّم الإجراءات التي تتبع لحصول كل ذي حق على حقه، وبذلك نشأ قانون المرافعات(١).

ثم اتبعت الدول العربية هذا التقسيم رغم اختلاف التّسمية فيما بينها، فاتّخذت بعض الدول تسمية أصول المحاكمات، بينما أخذت بعض الدول تسمية المرافعات، مع الجدير بالإشارة إليـه أن قانون المرافعات لا يشمل الإجراءات الجنائية حيث شملها قانون الإجراءات الجنائية. وفـي الدول المتبعة لتسمية أصول المحاكمات فتقسم إلى: أصول محاكمات حقوقيـة، والـذي يشـمل الإجراءات التي تحمي الحقوق المدنية. وأصول المحاكمات الجزائية، الذي يشـمل الإجـراءات التي يتم من خلالها إثبات الجرائم والعقوبة عليها، وأصول محاكمات شـرعية، والـذي يشـمل الإجراءات التي تحمي الحقوق المتعلّقة بالأحوال الشّخصية كما هو الحال في بلاد الشّام(٢) .

فالقواعد التي تنظّم السلطة التي تتولّى الفصل في المنازعـات والإجـراءات الواجـب اتّباعها ومدى الحقوق والالتزامات المترتّبة عليها تسمى قانون المرافعـات أو قواعـد القضـاء الخاص، فقانون المرافعات إذاً القانون الذي يتضمن تنظيم السلطة القضائية وترتيبها واختصاص المحاكم المختلفة والإجراءات الواجب اتباعها أمامها(٣) .

---

(١) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص١٠٠

(٢) الخطيب، **الإجراءات الإدارية دراسة نظرية وعملية مقارنة**، ص١٢

(٣)المتيت، أبو اليزيد علي، **الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي**، ط٢، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، ص١١

بقي أن نشير إلى أن القانون الدولي الخاص يُعد من القوانين الإجرائية التي تبحث الاختصاص للمنازعات التي يكون أحد أطرافها أجنبياً، ومن ثم تحديد القانون الموضوعي واجب التّطبيق[١].

وحيث إن هذه الإجراءات مجموعة ضمن قوانين، فإن القاضي معني بتطبيق هذه القوانين وهو صاب عمله، وعليه اتّباع هذه الإجراءات وحمل الخصوم عليها، ولا يجوز تجاوزها أو مخالفتها .

سريان الإجراءات بأثر رجعي

إن الأحكام التكليفية في الشّريعة الإسلامية- وهي ما يسمى عند أهل القانون القواعد القانونية التي يشكّل مجموعها القانون- لا تسري بأثر رجعي . حيث يتوجب على المكلف تطبيق الحكم الشّرعي عند صدوره، ولا أَدل على ذلك من أنّه عندما فُرضت الصلاة كان وجوب إقامتها منذ تاريخ فرضها، ولم يجب قضاء ما فات، ولو قلنا: إن فرضها بأثر رجعي لوجب قضاء ما فات قبل فرضها. وكذلك الصوم لو كان فرضه بأثر رجعي لوجب كفّارة ما مضى، وقس على ذلك. وإن حكم عدم جواز الجمع لأكثر من أربع نسوة، وطلب المشرع ممن عنده أكثر من ذلك الاختيار وإمساك أربعة فقط وتسريح الأخريات، لا يعني بتاتاً بأن هذا الحكم كان بأثر رجعي بل يعني أن الحكم أوجد أثراً مباشراً لا رجعياً وهو تحريم الجمع لأكثر من أربع نسوة حالاً؛ ولذلك كان الحكم الاختيار بين الأربع وتسريح الأخريات، ولو كان الحكم ذا أثر رجعي لوجب تسريح من كان عقدهن متأخّراً عن الأربع الأوائل , وذلك بالضبط كمن تزوج خمس نسوة بعد وجود هذا الحكم فإن العقد على المرأة الخامسة يكون فاسداً ولا تخيير .

وهذا ما ينطبق على الإجراءات باعتبارها أحكاماً شرعية مستقاة من مصادر الشّريعة المختلفة، وحيث ثبتت هذه الأحكام واستقرت منذ زمن واكتمل التّشريع، فهي بذلك ليست موضع البحث في هذه المسألة، وإنّما موضع بحثها ما يستجد من أحكام وتشريعات، وبذلك فينحصر موضع البحث بالإجراءات المستجدة المبنية على السياسة الشّرعية، أما غيرها من إجراءات وأحكام فلا تَرد عليها هذه المسألة .

---

(١) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص١١٢

سريان الإجراءات بأثر رجعي في القانون

استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين، فقد اختلفت وجهات النّظر عند فقهاء القانون. فقد جرى كثير منهم في فرنسا ومصر بأنّها تسري على الماضي، حيث إن صدور قانون جديد يحدد حالات الطّلاق فإن هذا القانون يسري على الأشخاص الذين تزوجوا قبل صدوره، وكذلك صدور قانون جديد يرفع سن الرشد فإنّه يسري على كل من لم يبلغ السن المحددة فيه ، حتى من كان بالغًا بموجب القانون القديم يعود قاصرا. إلا أن ما ذهب إليه هذا الفريق يعد خلطًا بين فكرة سريان القانون على الماضي وفكرة الأثر الحالّ أو المباشر للقانون، كما أن سريان القانون الجديد الذي يحدد حالات الطّلاق على الأشخاص الذين تزوجوا قبل صدوره، فإن مرد ذلك أن هذا القانون يسري حالاً ومباشرا، وبما أن واقعة الطّلاق هي واقعة جديدة تأتي بعد القانون الجديد فيسري عليها. وكذلك في مسألة سن الرشد عند نفاده يكون قاصرا. ولو قلنا في المسألتين السابقتين بأن القانون ذو أثر رجعي لوجب إلغاء الطّلاقات السابقة لنفاذ القانون الجديد، وكذلك لوجب إلغاء التّصرفات التي قام بها من كان يعد غير قاصر في القانون القديم وعد قاصراً في القانون الجديد، وبذلك فإن قوانين المرافعات لا تعد استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين؛ لأنّها في الحقيقة لا تسري بأثر رجعي ولكن بأثر حالّ ومباشر[1].

---

(١) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص٢٩٣

المبحث الأول

مراحل الخصومة الأساسية، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : ابتداء الخصومة

المطلب الثاني: انعقاد الخصومة

المطلب الثالث : انتهاء الخصومة

المطلب الأول

ابتـداء الخصـومـة

وحيث تبين أن الخصومة عبارة عن إجراءات، فالمقصود من ابتداء الخصومة أول إجراء فيها، إلا أن ابتداء الخصومة يعد مرحلة تجتمع فيها عدة إجراءات، فلذلك يمكن اعتبـار ابتـداء الخصومة بأول إجراء فيها وما يتبعه من إجراءات لحين الدخول في المرحلة اللاحقة، فالإبتـداء يكون بعدة أشياء إحداها يكون أول الأشياء.

الفرع الأول: الدعوى وعقد التّحكيم

وهما أول إجراء من إجراءات الخصومة، فالدعوى أول إجراء من إجراءات الخصـومة القضائية، وعقد التّحكيم أول إجراء من إجراءات الخصومة التّحكيمية، وقد صرح فقهاء الشّريعة الإسلامية بأن الدعوى هي جزء من الخصومة حيث قرروا أن مدار الخصومة علـى خمسـة: الدعوى والجواب واليمين والنّكول والبينة [١].

وحيث إن الدعوى هي أول إجراء من إجراءات الخصومة، والتي من خلالها يتم اللجـوء للقضاء ، فإن ابتداء الخصومة يكون بالدعوى، سواء كانت الدعوى محررة أو غيـر محـررة. وتستمر مرحلة ابتداء الخصومة عند الفقهاء إلى حين جواب المدعى عليه، ويكون الجواب داخلاً في مرحة ابتداء الخصومة.

وكذلك الأمر في الخصومة التّحكيمية فقد صرح الفقهاء وعدوا عقد التّحكيم جـزءاً مـن أجزاء الخصومة التحكيمية، بل إن منهم من قال: أن لفظي الإيجاب والقبول في عقد التّحكيم هما ركن التّحكيم[٢]. وعليه فإن ابتداء الخصومة التّحكيمية يكون بعقد التّحكيم .

---

(١) الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ج١٠، ص٢٨٦، وأنظر كذلك: البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، (ت:١٢٢١هـ). **حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، المعروف بالتجريد لنفع العبيـد**، ط١، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٩٦، ج٤،ص٣٩٤، وانظر: الرملي، **نهاية المحتاج إلى شـرح المنهـاج**، ج٨، ص٣٣٤

(٢) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٥ ، ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار فـي شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٤٢٩ ، حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٩

الفرع الثاني: دعوة المدعى عليه

وما يتبع الدعوى من إجراء دعوة المدعى عليه، حيث كأصل عام في غير المحاكمة الغيابية[١] يشترط حضور الخصم الأصيل حين الدعوى والشّهادة والحكم, أو من ينوب عنه من وكيله، أو وليه, أو وصيه، أو المتولي، وذلك تفعيلاً لمبدأ حقّ الدفاع ومظهره، وهو المواجهة بين الخصوم كما سيأتي بحثه في الفصل القادم -إن شاء تعالى-. كما أن اشتراط حضور الخصم حين الدعوى والشّهادة له فائدة عملية؛ لأن الخصم إذا لم يكن حاضراً فلا يعلم هل يقر أو ينكر، والحال أنّه يوجد فرق بين الحكم بناء على الإقرار وبين الحكم بناء على البينة؛ فالأول مقصور على المدعى عليه ويكون الحكم بتثبيت إقراره. والثاني متعد على غيره ويكون الحكم بالبينات، وكذلك يشترط حضور الخصم حين الحكم سواء أكانت الدعوى متعلقة بحقوق العباد أو متعلقة بحقوق الله كالطّلاق[٢].

ودعوة المدعى عليه ثابتة بالنّص قال الله تعالى: {**وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريقٌ منهم معرضون** }[٣]. فقد ألحق- سبحانه- الوعيد بمن امتنع من الحضور بعدما طولب به [٤]. فإن تمت دعوة المدعى عليه وامتنع عن الحضور أو توارى فلا يجعل أمر تعطيل الخصومة عن سيرها بيده، وإلا لأدى إلى تعطيل كل دعوى وخصومة، وتضييع حقوق الناس. فذهب جمهور الفقهاء[٥]ومنهم الحنفية الذين لم يجيزوا القضاء على الغائب إلى جواز القضاء على المتواري، يقول حيدر: وللقاضي أن يدعو المدعى عليه إلى الحضور إلى المحكمة وأن يجبره على ذلك عند الاقتضاء وأن يعين وكيلاً مسخّراً حال غيابه، ويجري المحاكمة ويحكم في القضية[٦].

---

(١) وقلنا كأصل عام حيث اتّفق الفقهاء على عدم جواز القضاء على الغائب في الحدود والقصاص، وأجاز جمهور الفقهاء عدا الحنفية القضاء على الغائب في غير الحدود والقصاص ضمن شروط وضوابط معينة، لمزيد الاطلاع أنظر، ياسين، **نظرية الدعوى**،ص٥٢١-٥٥٢، أبو البصل، عبد الناصر موسى، (٢٠٠٠). **نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون**، ط١، دار النفائس، عمان ، ص٢٠٠-٢٢٦

(٢) حيدر **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص١٨٢

(٣) سورة النور، الآية٤٨

(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٧، ص٣١

(٥) المرداوي، **الإنصاف**، ج ١١، ص٣٠٣، ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ج١، ص٥٥

(٦) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٦١٧

وبعد اتّفاق الفقهاء على وجوب دعوة المدعى عليه، اختلفوا في دعوته بمجرد الـدعوى أم بعد اتّخاذ إجراء حفاظاً على حق المدعى عليه، والحيلوله دون إلحاق الضرر به، حيث أن جلب المدعى عليه للمحاكمة بمجرد دعوى المدعي إضرار بالمدعى عليه؛ فقد بين الفقهاء التّفصيلات الآتية في هذا الباب وهي(١):

١. إذا كانت دار المدعى عليه قريبة من المحكمة بحيث يمكن للمدعى عليه أن يرجع إلى بيتـه ليقضي ليله فيه قبل أن يفسد عشاؤه فيجلب المدعى عليه بمجرد الدعوى.
٢. إذا كانت داره غير قريبة لهذه الدرجة فعلى قول يجلب المدعى عليه للمحاكمة بعد أن يقـيم المدعي البينة ويثبت دعواه، فإذا لم يستطع ذلك فلا يجلب المدعى عليه. وهذه البينـة هـي لإجبار المدعى عليه على الحضور, وليست لأجل الحكم. وعلى قول آخر إن القاضي يحلف المدعي اليمين بأنّه محق في دعواه فإذا حلف يجلب خصـمه, وإذا لـم يحلـفْ لا تُسـمع دعواه(٢).

وإن الذي يجب دعوته هو الخصم الأصيل؛ لأن الخصم الذي لم يكن مدعى عليه أصلاً لا يشترط حضوره حين الدعوى بل يحكم عليه في غيابه، فلو أمر أحد آخر قائلاً: أد دينـي الـذي علي لفلان، فادعى المذكور بعد ذلك أداء ذلك الدين, وطلب الرجوع على الآمر فأنكر قـائلاً : إنّني لم أكن مديناً، كما أنّني لم آمر المدعي بأن يؤدي دينا عنّي، كما أنّه لم يدفع لفلان، فإذا أقام المأمور البينة في غياب الشّخص المذكور في مواجهة الآمر على الدين وعلى الأمر بـالأداء , وعلى أداء الدين تقبل , ويحكم القاضي بجميع ذلك دون حضور الدائن الأول(٣).

ويتم دعوة المدعى عليه إلى المحاكمة بطلب المدعي، بأن يرسل إليه ورقة إحضار يـذكر فيها اليوم الذي يجب حضوره فيه إلى المحاكمة مع بيان اسم وشهرة المـدعي، وترسـل هـذه الورقة إليه على ثلاث مرات، ويفهم المدعى عليه فيها بأنّها مرسلة له من القاضي، وأنّه مـدعو للمحاكمة، فإذا لم يحضر المدعى عليه بعد دعوته ثلاث مرات على الوجه المشروح فيه فيفهمـه القاضي بأن يرسل رسالة له : بأنّه سينصب عنه وكيلاً، وأنّه سيستمع دعوى المدعي وبينته في مواجهة ذلك الوكيل, ويفهم من ظاهر العبارة أن هذا التّفهيم يكون بإرسال رسالة بعـد إرسـال

---

(١) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص١٨٢
(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٧، ص٣١
(٣) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص١٨٢

ثلاث دعوات للحضور، وقد كانت هذه مرعية لوقت قريب في المحاكم الشرعية إلا أنّه قد أُلغي أخيراً أصول إرسال رسالة للمدعى عليه بعد الدعوات الثّلاث[(١)].

أما في الخصومة التّحكيمية، فإن كلاً من المدعي والمدعى عليه، يكونان قد حضرا لـدى المحكّم، وتم إبرام عقد التّحكيم بحضورهما .

وبعد حضور المدعى عليه يطلب القاضي من المدعي تحرير دعواه، يقول ابـن القـيم: "يحضر الخصم الحاضر في نفس البلد وإن لم يحرر المدعي دعواه لعدم المشقّة ،أمـا إن كـان الخصم غائباً فلا بد أن يحرر المدعي دعواه"[(٢)].

الفرع الثالث: تحرير الدعوى

فإذا حضر الخصمان، فيجلسهما القاضي بين يديه[(٣)]، ولا بأس للقاضي أن يقول: مالكمـا؟ وإن شاء سكت حتى يبتدئه المدعي بالكلام , وإذا تكلّم المدعي يسكت الآخر ويسمع[(٤)]، فإذا لـم يتكلّم المدعي وعرف القاضي المدعي من المدعى عليه فإنّه يأمر المـدعي بـالكلام[(٥)] وتحريـر دعواه[(٦)] .

ولا يخلو حال الدعوى من ثلاثة احتمالات[(٧)] :

١. أن تكون دعوى المدعي صحيحة وواضحة، ولم يتخلّف شرط من شروطها.

---

(١) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص١٨٣

(٢)ابن القيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج٤، ص١٤٧

(٣) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٤) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٥) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٦) ميارة، محمد بن احمد الفاسي، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام المعروف بـ (شـرح ميارة)**, ط١, دار المعرفة, بيروت، ج١، ص٣٥

(٧) نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ج٤، ص٤ ، السرخسـي، **المبسـوط**، ج١٧، ص٣١ ، الحموي، أحمد بن محمد الحنفي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظـائر، دار الكتـب العلميـة، بيروت**، ج٣، ص٢٣ ، ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٦٣٨

٢. أن تكون دعواه فاسدة، وتسمى عند الحنفية فاسدة الوصف، كأن يكون المدعى به مجهـولاً، كأن يدعي دينا ولم يبين قيمته، أو عقاراً ولم يبين حدوده، فإن المجهولية تعود للوصف، ولا تقام البينة على المجهول، ولا يستطيع القاضي أن يقضي بالمجهول(١).
٣. أن تكون دعواه باطلة، وتسمى عند الحنفية فاسدة الأصل، كأن تكون أصـلاً غيـر مقبولـة شرعاً، وليست العلّة في شرط يمكن تداركه.

فإن كانت من النّوع الأول صحيحة واضحة، فإنّه يترتّب عليها آثارها من وجوب الجواب على المدعى عليه(٢)، وأما إن كانت الدعوى من النّوع الثّالث باطلة، فإنّه لا يترتّب عليها أي أثر من آثارها، فلا يسأل القاضي عنها لعدم وجوب الجواب عليه، ويقوم بردها(٣).

أما إن كانت الدعوى من النّوع الثّاني، وهي الفاسدة والتي يمكـن تصـحيحها، فيكلّـف القاضي المدعي بتصحيح دعواه، وإن كان لا يمكنه تصحيحها ولا يجد من يصححها له ويرشده إلى صوابها ودفعه يؤدي إلى ضياع حقه(٤)، وجب على القاضي استفساره للضرورة دون تلقين، ولا يعد سؤاله عن مواطن الفساد أو الغموض تلقيناً له(٥)، كما يجوز للقاضي أن يأمر رجلاً يعلم المدعي الدعوى والخصومة إذا كان لا يقدر عليها ولا يحسنها(٦).

فإن كانت الدعوى من الحالة الأولى أو من الثانية وتم تصحيحها، فينتقل القاضـي إلـى الإجراء التّالي، وهو تكليف المدعى عليه الإجابة عن دعوى المدعي(٧)، حيث إن حكم الـدعوى

---

(١) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٦٣٨، ولمزيد إطّلاع علـى شروط الدعوى وأسباب فسادها، انظر: ياسين، **نظرية الدعوى**، ص٢٢٩-٢٣٤

(٢) نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ج٤، ص٤ ، السرخسـي، **المبسـوط**، ج١٧، ص٣١ ، الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج٣، ص٢٣ ، ابن عابدين، **رد المحتـار علـى الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٦٣٨

(٣) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٤) الأنصاري، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ج٤، ص٩٧

(٥) الأنصاري، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ج٤، ص٩٧

(٦) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٧) ميارة، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام المعروف بـ (شرح ميارة)**، ج١، ص٣٥

وجوب الجواب على المدعى عليه[١]؛ لأن قطع الخصومة والمنازعة واجب ولا يمكن القطع إلا بالجواب فكان واجباً[٢].

الفرع الرابع: جواب المدعى عليه

فإذا وقعت الدعوى الصحيحة, واستفرغ القاضي كلام المدعي وفهمه حتى لم يبق عنده فيه إشكال ولا احتمال, أمر المدعى عليه بالجواب[٣] وإن كان في دعواه طول أمره بتقييد مقالته ثـم يأمر المدعى عليه برد الجواب في الحال إن كان ممن يفهمها وإلا أنظره بقدر مـا يـرى أنـه يفهمها, وإن كانت طويلة مشتملة على فصول وسأل المدعى عليه أن يكتب له بها نسخة ليفهمها أجيب إلى ذلك, وإن كانت ألفاظها يسيرة مفهومة لم يجب إلى ذلك[٤].

وذهب بعض الفقهاء إلى أن القاضي يسأل المدعى عليه الجواب دون طلـب المـدعي[٥] بينما ذهب آخرون إلى أن القاضي لا يسأله ما لم يقل المدعي اسأله عن دعواي[٦]. وخير ما قيل في ذلك أنّه أدب غير لازم، لأن مقتضى الحال يدلّ على إرادته ذلك[٧].

فإن سأل القاضي المدعى عليه الجواب عن الدعوى فلا يخلو حاله من ثلاث حالات:-

١. أن يسكت ولا يأتي بجواب دون عذر من خرس أو غير ذلك، أو أن يجيب بقولـه: لا أقـر بدعوى المدعي ولا أنكرها.
٢. أن يكون الجواب على التوقيف والإجمال: كقوله لا حق له عندي، ولم يرد علي ذلك، فروى ابن القاسم عن مالك: أنّه لا يقنع منه بذلك حتى يقر أو ينكر[٨]. وعند الحنابلة روايتان فـي

---

(١) نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ج٤، ص٤ ، السرخسـي، **المبسـوط**، ج١٧، ص٣١ ، الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج٣، ص٢٣ ، ابن عابدين، **رد المحتـار علـى الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٦٣٨

(٢) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٦، ص٢٢٥

(٣) الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٦٦

(٤) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ص٥٦

(٥) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٦) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٦، ص٢٢٥

(٧) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٨) ميارة، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام** المعروف بـ (شرح ميارة)، ج١، ص٣٥

ذلك، الأولى: أنّه جواب صحيح يحلف عليه. الثانية: أنّه ليس بجواب صحيح يحلف عليه وقياس المذهب أن الإجمال ليس بجواب صحيح[١].

٣. أن يجيب عن الدعوى بجواب مقبول .

المسألة الأولى: سكوت المدعى عليه

فإن كان الحال الأول فقد اختلف الفقهاء فيما يتوجب على القاضي من اتّخاذ إجراءات حيال سكوت المدعى عليه وامتناعه عن الجواب، على قولين:

-**القول الأول**: يجبر المدعى عليه على الإجابة، بالسجن والضرب، وذهب إليه المالكية[٢]،وأبو يوسف من الحنفية [٣].

ويمكن تخريج جواز الحبس والضرب بأن القاضي يقول له : أجب , فإن أصر على امتناعه كان جانيا لترك طاعة أولي الأمر فيؤدبه القاضي بالحبس[٤].

-**القول الثّاني** : لا يجبر على الجواب وذهب إليه الحنفية[٥]، والشّافعية[٦] والحنابلة[٧]، والظاهرية[٨].

المسألة الثانية: حكم سكوت المدعى عليه

ثم اختلف الفقهاء في حكم المدعى عليه سواء القائلين بعدم الإجبار، أو القائلين بالإجبار، ولكن المدعى عليه تمادى على إبايته عن الجواب بعد السجن والضرب، على ثلاثة أقوال :

---

(١) ابن شيبة،الفتاوى الكبرى،ج٥،ص٥٦١

(٢) ميارة، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام** المعروف بـ (شرح ميارة)، ج١، ص٣٥

(٣) ابن نجيم، **البحر الرائق**،ج٧ ،ص٢٠٣ ،الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٦٦ .

(٤) الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٦٦

(٥) ابن نجيم، **البحر الرائق**،ج٧ ،ص٢٠٣ ،الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٦٦ .

(٦) الأنصاري، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ج٤، ص٣٩٦

(٧) المرداوي، **الإنصاف**، ج١١، ص٢٦٥

(٨) ابن حزم، **المحلى بالآثار**، ج٧، ص٣٥٧

-**القول الأول**: يعد المدعى عليه مقراً ، ويلزمه ما ادعي به بدون يمين، وذهب إليه ابن حزم[١]، وبعض الحنفية[٢], وهو قول ابن المواز من المالكية وهو الأظهر من مذهبهم[٣]. يقول الطرابلسي:" فإن امتنع بعد ذلك كلّه من الجواب أكره بالسجن والأدب, ويكون ذلك كلّه في فور واحد, فإن استلج في الإباية والتّمادي عليها عد ذلك كلّه منه إقراراً بحقّ الطالب وقضى له بلا يمين"[٤]. ويقول القرافي: "فالدعوى الثّابتة كان ثبوتها بإقرار أو بسكوت بناء على المشهور , وهو قول مالك وابن القاسم معاً من أن حكم السكوت حكم الإقرار , ورجحه عياض"[٥]

-**القول الثاني**: يعد ناكلاً عن اليمين، وترد اليمين على المدعي، وذهب إليه الشافعية[٦]، وأصبغ من المالكية[٧]، وبعض الحنفية[٨].

ووجهة نظرهم أن السكوت يكون نكولاً حكمياً فينزل منزلة النّكول الحقيقي, كقوله لا أحلف إذا لم يكن السكوت عن آفة مانعة عن الكلام[٩].

-**القول الثّالث**: يعد منكراً، ويكلّف المدعي بالبينة، وذهب إليه الحنفية[١٠]، بما فيهم أبو يوسف[١١]، والحنابلة، وإن عبروا عنه بالنّكول إلا أنّه عندهم تطلب البينة من المدعي[١٢]. يقول السرخسي : " فالبينة ما يحصل البيان بها ولا يكون ذلك إلا بمحضر من الخصم بعد إنكاره أو سكوته القائم مقام إنكاره"[١٣].

---

(١) ابن حزم، **المحلى بالآثار**، ج٧، ص٣٥٧

(٢) ابن نجيم، **البحر الرائق**،ج٧ ،ص٢٠٣ ،الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٦٦ .

(٣) ميارة، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام** المعروف بـ (شرح ميارة)، ج١، ص٣٥

(٤)الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٦٦.

(٥) القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق** ، ج٤، ص٣

(٦) الأنصاري، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ج٤، ص٣٩٦

(٧) ميارة، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام** المعروف بـ (شرح ميارة)، ج١، ص٣٥

(٨) الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٦٦

(٩) الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٦٦

(١٠) ابن نجيم، **البحر الرائق**،ج٧ ،ص٢٠٣ حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٦٢٧

(١١) ابن نجيم، **البحر الرائق**،ج٧ ،ص٢٠٣حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٦٢٧

(١٢) المرداوي، **الإنصاف**، ج١١، ص٢٦٥

(١٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٩٨

ووجهة نظرهم : إنّما يتوجه اليمين شرعاً على المنكر, والساكت غير منكر فـلا يمكـن تحليفه[١].

القول الراجح:

يبدو أن القول الثّالث بأن يعد الساكت منكراً هو أقوى الأقوال وأوفقهـا؛ لأن القاعـدة لا ينسب إلى ساكت قول[٢]، وأما السكوت علامة الرضا فهو في زواج البكر خاصة، حتى لا يقبل من الثيب، فكيف يمكن القول بأن الساكت مقر. وقياسا على الغائب وعلى الصلح على السكوت، حيث ألحق الشافعية[٣] والظاهرية[٤] الصلح على السكوت بالصلح على الإنكار.

ولأن كلاً من السكوت والإنكار متشابهان من حيث اتّخاذ المدعى عليـه موقفـاً سـلبياً، فبإنكار المدعى عليه يكون قد اتّخذ موقفاً سلبياً متوسطاً بين الإقرار والدفع، وبسكوته كذلك يكون الأمر سلبياً بين الإثبات والنّفي.

كما أن عده نكولاً بعيد، وفيه تجاهل لإجراءات أساسية في الخصومة وهي طلب البينـة، وهي سابقة لطلب اليمين والنّكول عنه .

وبما أنّه يمكن السير في الخصومة دون اللجوء للضرب والحبس، فلا يصار إلـى ذلـك، وعلى فرض صحة القول بذلك فإن الأولى ضرب وحبس المدعى عليـه عنـد امتناعـه عـن الحضور ولم يقل به أحد .

المسألة الثالثة: احتمالات جواب المدعى عليه

بحثنا مسألة سكوت المدعى عليه، فإن كان الاحتمال الثاني بأن أجاب المدعى عليه، فـإن جوابه لا يخلو من ثلاثة احتمالات:-

---

(١) الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٦٦

(٢) باز، سليم رستم، **شرح المجلة** ، ص٤٠، المادة:٦٧

(٣) الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٤، ص٣٨٨

(٤) ابن حزم، **المحلى**، ج ٦، ص٤٦٥

فإما أن يقر، وإما أن ينكر، وإما أن يدفع دعوى المدعي. وعند فقهاء المسلمين فـإن مـا يتبع هذه المرحلة، أي مرحلة ابتداء الخصومة من هذه الاحتمالات، هو الاحتمـال الأول وهـو إقرار المدعى عليه، أما الاحتمالان الآخران من إنكار ودفع فلا يدخلان فـي هـذه المرحلـة، ويتّبعان المرحلة الثانية، وهي مرحلة انعقاد الخصومة، وعليه فسأبحث في هذا الموضع الإقرار التابع لهذه المرحلة، مرجئا بحث الإنكار والدفع في موضعهما.

الفرع الخامس: إقرار المدعى عليه

المسألة الأولى: تعريف الإقرار

لغة: معظم تعريفات الإقرار في اللغة تدور حول مفهوم واحد وهو:الإذعان للحقّ ، مـع الاعتراف به، وإظهار الحقّ لفظاً[١]. والإقرار بالشيء تقريره وضده إنكاره[٢].

إصطلاحا: ومما عرف به إصطلاحاً بأنّه: "إظهار المكلّف الرشيد المختار ما عليه لفظاً أو كتابة في الأقيس، أو إشارة أو على موكّله أو مولّيه، أو مورثه، بما يمكن صدقه فيه"[٣].

كما عرف بأنه: " الإخبار عن أمر يتعلّق به حقّ للغير وحكمه اللزوم"[٤].

المسألة الثانية: مشروعية الإقرار

وهو مشروع بالكتاب والسنّة والإجماع، واستدلّوا على اعتبار الإقرار بقوله تعالى : {**وإذْ أَخَذَ الله مِيثَاقَ النبيين لَما آتَيتُكُم مِن كِتَابٍ وحِكْمةٍ ثُم جاءكُم رسولٌ مصدقٌ لِما معكُم لتُـؤْمِنُن بِهِ ولتَنْصرنه قالَ أأقْررتُم وأَخَذْتُم على ذَلكُم إِصري قالُوا أَقْررنَا قالَ فَاشْهدوا وأَنَا معكُـم مِـن**

---

(١) الفيروز أبادي، مجد الدين، **القاموس المحيط**، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط٦، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، باب الراء-فصل القاف .

(٢) النسفي، عمر بن أحمد بن إسماعيل بن لقمان, نجم الدين أبو حفـص، **طلبـة الطلبـة**، ط١، دار الكتاب الإسلامي، ١٤١٦هـ، ص١٣٧

(٣) المرداوي، **الإنصاف**، ج ١٢، ص١٢٦

(٤) القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق** ، ج٤، ص٩٩

الشاهِدِين }[١]. وقوله تعالى: { **يا أَيها الَّذِين آمنُوا كُونُوا قَوامِين بِالْقِسطِ شُهداء لِلَّهِ ولَو علَى أَنْفُسِكُم أَوِ الْوالِدينِ والْأَقْربِين إِن يكُن غَنِيا أَو فَقِيرا فَاللَّه أَولَى بِهِما فَلَا تَتَّبِعوا الْهوى أَن تَعدِلُوا وإِن تَلْووا أَو تُعرِضُوا فَإِن اللَّه كَان بِما تَعملُون خَبِيرا** }[٢] . فالشّهادة على النّفس إقرار بالحقّ، وبقوله تعالى: { **فَإِن كَان الَّذِي علَيهِ الْحق سفِيها أَو ضَعِيفًا أَو لَا يستَطِيع أَن يمِلَّ هو فَلْيمْلِلْ ولِيه بِالْعدلِ** }[٣]. الإملال: الإملاء، يقال: أمل يمل إملالا وأملى يملي إملاء[٤] . وقوله تعالى: {**بلِ الْإِنْسان علَى نَفْسِهِ بصِيرة** }[٥] ونحوها { رجم من أقر بالزنا } ونحوه , والإجماع على الحكم به[٦].

ورغم أن الإقرار من أقوى طرق الإثبات، إلا أنه حجة قاصرة؛ أي أنّه حجة على المقر فقط ولا يتعداه إلى غيره، فلو أقر أحد الورثة بدين على تركة مورثه، فإن إقراره حجة عليه يلزمه، وليس بحجة على باقي الورثة، فإن لم يقم المدعي البينة على دينه في مواجهة باقي الورثة فإنّه لا يستحقّ إلا بمقدار حصة المقر من التّركة.

ويشترط لصحة الإقرار بوجه عام أن يكون المقر مكلفاً، كامل الأهلية بالغاً عاقلاً، وأن يكون رشيداً غير سفيه بإقراره في الأمور المالية، وأن يكون مختاراً؛ فليس للمكره إقرار وإن حصل فلا يعتد به. وأن يكون الإقرار لفظاً أو إشارة لغير القادر على الكلام وتدخل الكتابة بالقياس. وأن يكون الإقرار أمراً ممكن الحدوث ويمكن تصديقه[٧].

المسالة الثالثة: أثر الإقرار في الخصومة

بإقرار المدعى عليه، تنتهي الخصومة قبل انعقادها، أي كأنّها لم تكن، ولا يترتّب عليها أثر، فإن أجاب المدعى عليه بالإقرار ارتفع النّزاع[٨].ولفظ القضاء في الإقرار مجاز للزومه بإقراره فلا حاجة إلى القضاء لكونه حجة بنفسه لا يتوقّف على القضاء فكان الحكم إلزاما

---

(١) سورة آل عمران، الآية ٨١

(٢) سورة النساء،الآية ١٣٥

(٣) سورة البقرة، الآية ٢٨٢

(٤) النسفي، **طلبة الطلبة**، ص١٣٧

(٥) سورة القيامة، الآية ١٤

(٦) المرتضى، **البحر الزخار الجامع لعلماء الأمصار**، ج٦، ص٤

(٧) المرداوي، **الإنصاف**، ج١٢، ص١٢٦

(٨) ميارة، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام** المعروف بـ (شرح ميارة)، ج١، ص٣٥

للخروج عن موجبه بخلاف البينة، فإن الشّهادة خبر محتمل وبالقضاء يصـير حجـة ويسـقط احتمال الكذب[١].

ويتضمن الحكم إثبات الإقرار، ويثبت الحقّ بالإقرار لا بالحكم، فإذا أقـر فـإن القاضـي ينبغي له أن يقيد إقراره, فإذا قيده تم الحكم, وصفة تقييد الإقرار أن يقول : أقر بمجلس الحـاكم العزيز الفلاني فلان بن فلان بمنازعة فلان بن فلان بأن له في ذمته ما ادعاه عليه وذلـك كـذا وكذا وجب له من وجه كذا حالة أو مؤجلة شهد عليه بذلك فلان وفلان[٢].

كما أنّه لا يحكم بالإقرار ولو كان الإقرار بعد إقامة البينة، يقول ابن نجيم نقلاً عن جـامع الفصولين: "وفيه لو برهن المدعي ثم أقر المدعى عليه بالملك له يقضى له بـإقرار لا ببينـة إذ البينة إنّما تقبل على المنكر لا على المقر[٣] .

ولكن يجوز إقامة البينة مع الإقرار في كل موضع يتوقّع الضرر من غير المقـر لولاهـا فيكون هذا أصلاً[٤]. ومثاله أن البينة تقام على المقر في وارث مقر بدين على الميت فتقام عليـه للتّعدي, وفي مدعى عليه أقر بالوصاية فبرهن الوصي, ومن جـامع الفصـولين مـن فصـل الاستحقاق قال المرجوع عليه عند الاستحقاق لو أقر بالاستحقاق, ومع ذلك برهن الراجع علـى الاستحقاق كان له أن يرجع على بائعه إذ الحكم وقع ببينة لا بإقرار ; لأنه محتاج إلى أن يثبـت عليه الاستحقاق ليمكّنه الرجوع على بائعه [٥].

ابتداء الخصومة عند أهل القانون:

يطلق كثير من فقهاء القانون على هذه المرحلة افتتـاح الخصـومة، ولا يمكـن اعتبـار الدعوى عندهم هي العمل الذي تفتتح فيه الخصومة كما هو الحال عند فقهاء المسلمين؛ حيث إن

---

(١) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٢) الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٦٦

(٣) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٤

(٤) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٤

(٥) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٤، وتوضيح المثال، لو أن أحداً باع مـا لا يملـك لشخص، فأقام مالك المال الدعوى على المشتري واضع اليد، فأقر المشتري، لم يتعد إقراره علـى البـائع وبالتّالي لا يمكن الرجوع عليه إلا بإقامة البينة، انظر حيدر، **درر الحكام في شرح مجلـة الأحكـام**، ج٤، ص٢٩٣

تعريف الدعوى عندهم مختلف عما هو عند فقهاء المسلمين، حيث اتّخذ فقهـاء القـانون ثلاثـة اتّجاهات في تعريفهم للدعوى وهي:

-**الاتّجاه الأول**: ويعرف الدعوى بأنّها حقّ الالتجاء إلى القضاء، وهذا الاتّجاه انسياق فـي تيار التّجريد الذي شمل الفقه الحديث، ويرى أن الدعوى حقّ (أو سلطة) مجرد وعام يمنح لكـلّ شخص في مواجهة الدولة[١] .

-**الاتّجاه الثاني**: ويعرف الدعوى بأنّها الحقّ في الحصول على حكـم فـي الموضـوع. وذهب فريق من الفقهاء ومنهم ليبمان بأن الدعوى هي حقّ أو سلطة الحصول على حكـم فـي موضوع الادعاء المرفوع إلى المحكمة ، وذلك سواء صدر الحكم لصـالح المـدعي أو لغيـر صالحه[٢].

-**الاتّجاه الثالث**: ويعرف الدعوى بأنّها الحقّ في الحصول على الحماية القضـائية، أي أن الحقّ في الدعوى يجب أن ينظر إليه باعتباره حقاً محدداً لشخص في مواجهـة شـخص آخـر مضمونه الحصول على حكم يطبق القانون فـي الحالـة المحـددة ويمـنح المـدعي الحمايـة القضائية[٣].

وعليه فإنّنا نلاحظ اختلاف تعريف فقهاء القانون للدعوى عن تعريـف فقهـاء المسـلمين لها[٤]، حيث كان تعريف فقهاء القانون منصباً على النّاحية النّظرية بأنّها مجرد حقّ في الالتجاء للقضاء، أو في الحصول على حكم، أو في الحصول على حماية قضائية، بينما أسبغ عليها فقهاء المسلمين النّاحية العملية بأنّها قول مقبول عند القاضي. إلا أنّه يمكن القول أن المطالبة القضائية عند فقهاء القانون موازية للدعوى عند فقهاء المسلمين.

---

(١) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٩٣

(٢) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٩٤-٩٥

(٣) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٩٧

(٤) تم تعريف الدعوى بعدة تعريفات مختلفة، ومن أجمع وأمنع هذه التعريفات ما عرفها به الدكتور محمد نعيم ياسين بأنّها: "قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حقّ له أو لمن يمثّله أو حمايته" انظر: ياسين، **نظرية الدعوى**، ص٨٣

المطالبة القضائية:

يعرف فقهاء القانون المطالبة القضائية: بأنّها عبارة عن إجراء يتضمن طلب أو إعلان رغبة شخص إلى محكمة معينة بالحكم لصالحه في ادعاء معين(١). وقد يكون هذا الطلب أصلياً ابتداء لافتتاح الخصومة، وقد يكون عارضاً، بأن يقدم أثناء سيرها(٢)، وعليه فإن فقهاء القانون يفرقون بين الدعوى والخصومة والمطالبة القضائية، فبينما الدعوى هي الحقّ في الحماية القضائية، فإن الخصومة هي مجموعة الأعمال التي ترمي لإصدار حكم يحقّق هذه الحماية، والمطالبة هي وسيلة اللجوء للقضاء لطلب الحماية(٣).

وأساس المطالبة القضائية هو حقّ التّقاضي، أو حقّ الالتجاء إلى القضاء، وهو حقّ من الحقوق العامة، ويثبت للشّخص بمقتضى أهلية الوجوب وهو حقّ لا يجوز التّنازل عنه أو الانقضاء بالتّقادم، ولكلّ شخص أن يقوم بالمطالبة القضائية(٤).

ورغم أن المدعي من يقوم بالمطالبة القضائية وفق إرادته، إلا أنّها تعد إجراء قضائياً، وهي الإجراء الافتتاحي للخصومة، ولا تُعد تصرفاً إجرائياً، لأن القانون لا يرتّب عليها الآثار التي يريدها المدعي، فالمدعي يطلب الحكم لصالحه وقد تكون المطالبة صحيحة، ومع ذلك لا يرتّب عليها القانون هذا الأثر، وإنّما الآثار الإجرائية والموضوعية التي تحددها قواعده(٥).

وتتم المطالبة القضائية أولاً بتحرير صحيفة الدعوى ثم إيداعها قلم الكتّاب في المحكمة، وصحيفة الدعوى هي الورقة القضائية التي يحرر بها إجراء المطالبة القضائية، ويقوم بتحريرها المدعي أو من يمثّله وتسمى صحيفة الدعوى، أو عريضة الدعوى، أو صحيفة افتتاح الدعوى، وتحرر من أصل وصورة بقدر عدد المدعى عليهم، وتحتوي صحيفة الدعوى على ثلاث ركائز وهي: أولاً صحيفة دعوى، وهي ثانيا: ورقة إعلان من أوراق المحضرين، وهي ثالثا: ورقة تكليف بالحضور، حيث تتضمن دعوى المدعى عليه لحضور جلسة معينة لنظر الدعوى، لذلك كان لا بد من أن تحتوي صحيفة الدعوى على أشخاص الدعوى وعناوينهم، وموضوع الدعوى

---

(١) راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٢٩٥

(٢) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٣٢٦

(٣) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص١٠٦

(٤) راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٢٩٦

(٥) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٣٢٧ ، راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٢٩٦

وسببها وتاريخ تقديمها وتوقيع المدعي، كما يجب أن تحتوي بيان إعلان المدعى عليه على اسم المحكمة، وتاريخ الجلسة[(١)].

ويكون إيداع صحيفة الدعوى لقلم الكتّاب بإيداع النّسخة الأصـلية، وأن يـؤدى الرسـم كاملاً، وأن يرفق بها جميع المستندات المؤيدة للدعوى[(٢)].

ورغم اتّفاق فقهاء القانون على أن افتتاح الخصومة يكون بالمطالبة القضـائية، إلا أنّهـم اختلفوا في اعتبار المطالبة القضائية جزءاً من الخصومة على رأيين:

- **الرأي الأول** : يرى أصحابه أن الخصومة تبدأ بإيداع المـدعي للائحـة دعـواه لـدى الموظّف المختص وأن المطالبة القضائية هي جزء من الخصومة[(٣)]، فرغم أن المدعي من يقوم بالمطالبة القضائية وفق إرادته، إلا أنّها تعـد إجـراء قضـائياً، وهـي الإجـراء الافتتـاحي للخصومة[(٤)].

- **الرأي الثّاني**: ويرى أصحابه أن المطالبة القضائية هي فاتحة الخصومة لكنّهـا ليسـت جزءاً منها[(٥)].

كما أن فقهاء القانون لم يدخلوا عقد التّحكيم وهو ما تفتتح به الخصومة التّحكيميـة مـن ضمن إجراءاتها، يقول والي: فإن عقد التّحكيم والاتّفاق على الاختصاص المحلي قبل الخصومة يؤثّران في الخصومة وليس لهما طبيعة العمل الإجرائي، لأن هذه الأعمال لا تكون جزءاً مـن الخصومة، والعمل الإجرائي إنّما يستمد طبيعته وأحكامه من اعتباره جزءاً من الخصومة[(٦)].

وتشمل مرحلة افتتاح الخصومة عند فقهاء القانون المطالبة القضائية، وما تشـمله مـن إجراءات تحرير صحيفة الدعوى، وإيداعها قلم الكتّاب فقط، وبإعلان المدعى عليـه لصـحيفة الدعوى تبدأ مرحلة انعقاد الخصومة .

---

(١) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٣٢٨ ، راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٢٩٧

(٢) راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٢٩٩-٣٠٠

(٣) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٣٢٧ ، راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٢٩٦

(٤) راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٢٩٦

(٥) النيداني، **مبدأ وحدة الخصومة ونطاقه في قانون المرافعات** ، ص١

(٦) والي، **دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي** ، ص٢٨

وأخذت الكثير من القوانين الوضعية بأنظمة مقابلة لتوازي تعقيدات الإجـراءات مـن مثل: نظام إدارة الدعوى، ونظام الوساطة، وموضع هذه الأنظمة هو مرحلة افتتـاح الخصـومة لأنّها مرحلة مبكرة من مراحل الدعوى .

الفرع السادس: إدارة الدعوى :

اتّخذت الشّريعة الإسلامية جميع الوسائل التي تحول دون إطالة أمد التّقاضـي، وإيصـال الحقوق لأصحابها بأسرع وقت ممكن، ووازنت بين هذا الهدف وبين ما اتّخذته مـن إجـراءات لبيان الحقّ وظهوره، والتوسط في الصلح بين الخصمين، وعدم تأخير الحكم بعد ظهور الحـقّ للقاضي ، كما من المقرر فيها أنّه يجوز للوالي أو الإمام الرقابة على أعمـال القضـاة، ومـن مهمات هذه الرقابة التأكّد من عدم تأخير إيصال الحقوق لأصحابها، وعدم فصل الخصومات أو تأخير فصلها دون مسوغ، فلم تكن هناك حاجة لإيجاد نظام لإصلاح العملية القضائية .

إلا أن تعقيد الإجراءات القضائية في القوانين الوضعية بالإضافة لكثرة الدعاوى المنظورة أمام القضاء سبب في إطالة أمد التّقاضي، وكما سبق بحثه في مطلب هدف الخصومة، فإن ذلك قد يؤدي إلى عزوف النّاس عن القضاء وعدم ثقتهم به، مما يؤدي إلى اهتزاز وتهديد اسـتقرار المجتمع، مما حدا إلى التّفكير بإيجاد الحلول، ففي منتصف السبعينات من القرن العشرين كـان الاهتمام الأساسي يتمحور في تحسين القضاء العادي والتّفكير بالوصول لتسوية النّزاع بدلاً مـن إصدار حكم قضائي، وهكذا فقد بدأ التركيز على البحث عن طرق بديلة ومتممة لحلّ النّزاعات، وفي الثّمانينات بدأ الحديث في الولايات المتّحدة الأمريكية والمملكة المتّحدة عـن بـدائل لحـلّ النّزاعات يأخذ منهجاً مؤسسياً، وبدأت حينئذٍ تجارب متباينة بإجراءات مختلفة لحلّ المنازعـات تندرج تحت مسمى واحد، وهو الحلول البديلة لفض النّزاعات، وكان سبب هذا النّمو المؤسسـي هو الإهتمام الكبير من قبل جماعات مهنية متخصصة من ضمنها المحامين، وهكذا تـم ظهـور مؤسسة مماثلة في دول غربية أخرى ككندا، والمملكة المتّحدة، واستراليا، وفي ألمانيا –مـثلاً- ألزم القانون المدني القضاة بالسعي في كلّ مرحلة من مراحل الإجراءات القانونية للوصول إلى تسوية ودية بين المتنازعين، وذلك لتخفيف أعباء الدعاوى المتزايدة في المحاكم(١).

ويمكن تعريف إدارة الدعوى بأنّها: " مجموعة من الإجراءات يتم مـن خلالهـا تنظـيم الدعوى، وجمع بينات الخصوم، وتحديد جوهر النّزاع من خلال رقابة وسـيطرة قضـائية". أو

---

(١) القطاونه، أحمد وكناكرية، وليد، إدارة الدعوى المدنية، مطابع الدستور التجارية، ط١، ٢٠٠٣، ص٨٤

بأنّها: مجموعة الإجراءات القانونية التي تتم من خـلال إشـراف قضـائي مبكّـر قبـل بـدء المحاكمة[١]. ورغم وجود أنظمة مختلفة لإدارة الدعوى من بلد لآخر تختلـف حسـب طبيعـة ونوعية القضايا التي تنظر أمام المحاكم، إلا أنّها جميعاً تشترك في ستّة مفاهيم[٢]:-

١. السيطرة القضائية المبكّرة: بأن يتم تحديد مواعيد محددة لكل إجراء من إجراءات الـدعوى، ثم إجراء رصد ومراقبة لتلك المواعيد بعد تحديد النتائج النّاجمة عن عدم الالتزام بها.
٢. السيطرة القضائية المستمرة: وتستند إلى وضع وتحديد موعد للإجراءات اللاحقة ومـن ثـم مراقبتها، وتحديد النّتائج النّاجمة عن عدم الالتزام بها.
٣. الجدول الزمني القصير: أي جدولة الإجراءات اللاحقة في نطاق السـرعة والضـرورة أو حسب إجراءات مرحلية يتم مراقبتها.
٤. محاولة تحقيق احتياجات الأطراف، ومساعدتهم في الحصول على بيناتهم، ليكونوا مستعدين عند بدء المحاكمة.
٥. توقّع حدوث الإجراءات في الموعد المحدد لها.
٦. التوجيه: بالكيفية التي يمكن من خلالها تحقيق التّعاون بين وكلاء الخصوم، وكـلّ مـن لـه علاقة بسير الدعوى وحفزهم للعمل بأقصى طاقاتهم، بشكل تراعى فيـه طبيعـة السـلوك الإنساني ومحاولة توجيه هذا السلوك نحو الأهداف بفاعلية وكفاءة .

وتقوم فكرة نشأة إدارة الدعوى، في جميع دول العالم التي أخـذت بهـذا النّظـام سـواء بالقضايا المدنية أو الجزائية على هدف الإسراع في فصل الدعاوى، وذلك باتّجاهين:-

الاتّجاه الأول: بالرقابة ، مستغلّين فكرة أنّه لا تعارض بين اسـتقلال القاضـي والرقابـة عليه[٣].

الاتّجاه الثّاني: بمحاولة ضبط واختصار إجراءات التّقاضي، وتقليل مماطلـة الخصـوم، وذلك بالمداولة بين الخصوم في موضوع النّزاع بإشراف القاضي الذي يكون قد درس القضـية بشكل جيد، فيساعد على أن يضع القاضي يده على مفصل النّزاع، وبالتّالي يسهل تحديـد نقـاط الخلاف في الدعوى؛ لتنصب البينات التي يقدمها الخصوم عليها، وبالتّالي تحال الدعوى لقاضي

---

(١) القطاونه، أحمد وكناكرية، وليد، إدارة الدعوى المدنية، ص٢٩،٣٨،٣٩
(٢) المرجع السابق، ص١٥-١٦
(٣) القطاونه، أحمد وكناكرية، وليد، إدارة الدعوى المدنية، ص٢٨

الموضوع؛ لدراسة البينات، وسماع المرافعة الختامية، ووزن البينة، وإصدار الحكم في أقصر وقت ممكن[١].

ومن مهام قاضي إدارة الدعوى الإشراف على تجهيز الدعوى بالكامل قبل إحالتها لقاضي الموضوع، وذلك بالتأكّد من احتوائها على كامل المعلومات المطلوبة، والبينات الخطية وحصر الشّهود، وكذلك مراقبة التبليغات وصحتها وموافقتها للقانون، والتحققّ من صحة الخصومة في الدعوى، وصحة الوكالات المبرزة من الوكلاء، وعرض التسوية على الخصوم بالحثّ على الصلح وتثبيته، والإحالة إلى الوساطة، وبعقد اجتماع بين الخصوم لتحديد وقائع النّزاع المتفّق عليها والمختلف عليها، لتنصب البينات على وقائع النّزاع ، وبعد تنظيم محضر بما قام به من إجراءات يتم إحالة الدعوى إلى قاضي الموضوع للبت في الدعوى[٢] .

وبذلك تتضح مزايا عديدة لنظام إدارة الدعوى ومنها[٣]:-

١. اختصار الوقت واستثماره بتقليل عدد جلسات المحاكمة، وبتر المماطلة من قبل الخصوم .
٢. تحسين نوعية المحاكمة، بزيادة دقّة إعدادها، وبتمكين قاضي الموضوع من السيطرة التامة على الدعوى، وتكريس وقته للأمور القضائية بعيداً عن الأمور الإدارية، وبتلافي الجدل غير المبرر من قبل الخصوم أمامه.
٣. تسهيل الوصول إلى تسوية للنّزاع، بتوفير ملتقى للخصوم قبل بدء المحاكمة، وببناء علاقة ثقة وتعاون بين وكلاء الخصومة.

الفرع السابع: نظام الوساطة القضائية

إن الوساطة في الإسلام من الأنظمة القضائية الممنهجة، وقد بين الماوردي إجراءات الوساطة فيقول عن الخصوم: "ثم يردون إلى الوساطة ، فإن أفضت الحال إلى الصلح ، وإلا بت القاضي الحكم بينهما بالأيمان" [٤].

---

(١) القطاونه، أحمد وكناكرية، وليد، إدارة الدعوى المدنية، ص٢٩،٣٨،٣٩
(٢) القطاونه، أحمد وكناكرية، وليد، إدارة الدعوى المدنية، ص٤١-٧٨
(٣) القطاونه، أحمد وكناكرية، وليد، إدارة الدعوى المدنية، ص٩١-٩٥
(٤) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص ١٥٦

ويقول في جواز إنهاء الوسطاء للخصومة دون الرجوع للقاضي مرة أخرى: "وللقاضـي أن يأمر الوسطاء بإحالة الأمر إليه بعد الوساطة فإن خلا توقيعه من ذلك فلا يلزم إنهاء الحـال إليه بعد الوساطة" (١). أي أن الأصل عدم العود إليه إلا إذا ورد ذلك في كتابه الموجه للوسطاء.

وإن نظام الوساطة معمول به في الشريعة الإسلامية منذ نشأة الدولة الإسلامية، وقد عمل به ﷺ عن { كعب بن مالك أنّه تقاضى ابن أبي حدرد دينا كان له عليه في المسجد , فارتفعـت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله ﷺ وهو في بيته , فخرج إليهما حتى كشف سـجف حجرتـه فنادى : يا كعب , فقال : لبيك يا رسول الله , قال : ضع من دينك هذا وَأومأ إليه : أي الشّطر , قال : قد فعلت يا رسول الله , قال : قم فاقضه}(٢).

وهنا فإن الصلح قد جرى بينهما عن إقرار ،أي أن ابن أبي حدرد كان مقراً بالدين، لـذلك أمضاه ﷺ ولا خلاف بين الفقهاء في جواز الصلح على إقرار واتّفقوا على جوازه(٣)، وبالتّـالي جواز توسط القاضي فيه، لأنّه يكون عن طيب نفس من صاحب الحقّ، وهو أرضى للنّفوس من القضاء .

ولكن إن كان هذا الصلح عن إنكار فلم يجزه الشّافعية(٤) والظاهرية وابـن أبـي ليلـى(٥) والزيدية(٦)والهادوية(٧)؛ وذلك لأنّه صلح حرم حلالاً وأحلّ حراماً ; لأن المدعي إذا كان مـبطلاً فأخذ المال كان حراماً عليه، والصلح يحلّ له ذلك، وإن كان محقّاً فالصلح يكون علـى بعـض الحقّ عادة وما زاد على ذلك إلى تمام حقّه كان أخذه حلالاً قبل الصـلح، وحـرم عليـه ذلـك

---

(١) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص ١٦٣

(٢) نيل الأوطار ، ٣١٧/٨ ،حديث صحيح رواه الجماعة إلا الترمذي

(٣) ابن رشد، الإمام القاضي أبي الوليد محمد ين أحمد ين محمد بن رشد القرطبي ، (ت: ٥٩٥ هـ ـ). **بدايـة المجتهد ونهاية المقتصـد**، تحقيق: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجـود، دار الكتـب العلميـة، بيروت، ط١: ١٩٩٧م، ج٢، ص٤٠٥

(٤) الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ح٥، ص١٩٣، الرملي، **نهاية المحتاج إلى شـرح المنهـاج**، ج٤، ص٣٨٩

(٥) ابن حزم، **المحلى**، ج ٦، ص٤٦٦

(٦) المرتضى، أحمد بن يحيى ابن المرتضى، (ت:٨٤٠هـ). **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصـار**، ط١، دار الكتاب الإسلامي، ج٦، ص٩٦

(٧) الشوكاني، **نيل الأوطار**،ج٨ ، ص٣١٧

بالصلح، وكان حراماً على الخصم منعه قبل الصلح وأحلّ له ذلك بالصلح[١]، وبالتّالي فلا يجوز للقاضي التوسط فيه .

بينما ذهب الحنفية[٢] والمالكية[٣] والحنابلة[٤] والإمامية[٥] إلى جواز الصلح على الإنكـار وإلى جواز التّوسط في الصلح بجميع الأحوال، وأن القاضي مـأمور بـدعاء الخصـمين إلـى الصلح[٦] . بينما يرى البعض وجوب دعوة الخصمين إلى الصلح عنـد لـبس الحـق، وعـدم ظهوره، أما عند ظهوره، فيجب الحكم به[٧].

وممن رأى الإصلاح بين الخصمين , شريح , وعبد الله بن عتبة وأبو حنيفة , والشّعبي , والعنبري , وروي عن عمر , أنّه قال : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا , فإن فصـل القضـاء يحدث بين القوم الضغائن . قال أبو عبيد : إنّما يسعه الصلح فـي الأمـور المشـكلة , أمـا إذا استنارت الحجة لأحد الخصمين , وتبين له موضع الظّالم , فليس له أن يحملهما على الصـلح . ونحوه قول عطاء . واستحسنه ابن المنذر . وروي عن شريح أنّه ما أصلح بين متحـاكمين إلا مرة واحدة[٨] .

ويرى ابن القيم أن الصلح الجائز ما كان في حقوق الآدميين، فهي التـي تقبـل الصـلح والإسقاط والمعاوضة عليها ,أما حقوق الله- تبارك وتعالى- فلا يجوز فيها ذلك . وذهـب إلـى وجوب أن يكون الصلح عادلاً ، فيقول : "والصلح العادل هو الذي أمر الله به ورسوله ﷺ كمـا قال : { **وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْـدَاهُمَا عَلَـى الْـأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّـه**

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج٩، ص١١١

(٢) السرخْسِي ، **المبسوط**، ، ج٢٠، ص١٤٠ ، الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٦، ص٤٨

(٣) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبيـر** ، ج٣، ص١١٢ ، المـواق، **التـاج والإكليـل لمختصر خليل** ، ج٧، ص١٠

(٤) المرداوي، **الإنصاف**، ج ٥، ص٢٤٤، ابن مفلـح، **الفـروع**، ج٤، ص٢٦٨، ابـن قدامـه، **المغنـي**، ج٤،ص٣٠٩

(٥) المحقق الحلي، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، ج٢، ص١٠١

(٦) السرخسي، **المبسوط**، ج٩، ص١١١

(٧) ابن قدامه، **المغني**، ج ١٠، ص١٠١

(٨) ابن قدامه، **المغني**، ج ١٠، ص١٠١

يحب المقسطين }[١] والصلح الجائر هو الظلم بعينه , وكثير من النّاس لا يعتمد العدل في الصلح , بل يصلح صلحاً ظالماً جائراً , فيصالح بين الغريمين على دون الطفيف من حقّ أحدهما" [٢].

نظام الوساطة في القانون

تعد الوساطة أسلوباً من الأساليب البديلة لفض النّزاعات تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار، وهي نوع من التوفيق أو شكل من الأشكال التي يتم بها التوفيـق بين الخصوم. به يتدخّل شخص محايد يسمى الوسيط ليقرب وجهـات النّظـر بـين الخصـوم، لمحاولة التوصل لحل ودي، فإن قبلوا بمقترحاته وإلا كأن شيئاً لم يكن[٣]، حيث يعرف التوفيـق بأنه اتّفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق المختار من قبلهم[٤].

وتقسم الوساطة إلى عدة أنواع وهي: وساطة قضائية والتي يكون فيهـا الوسـطاء مـن القضاة. ووساطة خاصة والتي يكون فيها الوسطاء من ذوي الخبرة مـن القضـاة المتقاعـدين والمحاميين والذين يتم إدراجهم ضمن قوائم من قبل جهات قضائية. ووساطة إتفاقية والتي يكون فيها الوسيط أي شخص متفّق عليه من قبل أطراف النّزاع[٥].

وتبدأ إجراءات الوساطة بإحالة الدعوى لقاضي الوساطة من قبل قاضـي إدارة الـدعوى المدنية في القضايا البدائية، أو من قبل قاضي الصلح في القضايا الصلحية، حيث يحال إليه ملفّ الدعوى بكامل محتوياته، وتجري الجلسات سرية بحضور أطراف النّزاع أو وكلائهم بعد تبليغهم بموعدها ، ويجوز له تكليف الخصوم بتقديم مذكّرات موجزة بادعائهم ودفاعهم، أما إذا جـرت الوساطة من خلال وسيط خاص فعلى الأطراف تقديم- خلال خمسة عشـر يومـاً -مـذكّرات موجزة تتضمن ملخّصاً لادعائهم ودفوعهم، مرفقاً بها المستندات التي يستند إليها كل مـنهم، ولا يتم تبادل هذه المذكّرات أو المستندات بينهم، ويتم التّداول مع أطراف النّزاع بموضوع النّـزاع وطلباتهم، وللوسيط أن ينفرد بكل طرف على حدة، كما له أن يتخذ ما يـراه مناسـباً لتقريـب وجهات النّظر، ولهذه الغاية يجوز له إبداء رأيه وتقديم الأدلّـة، وعـرض الأسـانيد القانونيـة

---

(١) سورةالحجرات، ٩

(٢) ابن القيم، **إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ج١، ص٨٤-٨٧

(٣) بركات، علي رمضان، **خصومة التحكيم**، ص٥٦ ، الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكـيم**، ص٣٣ ، وزارة العدل، المملكة الأردنية الهاشمية، نشرة إرشادية حول الوساطة لتسوية النزاعات المدنية، ص١

(٤) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٣٢ ، مختار بريري، **التحكيم التجاري الدولي**، ص١٧

(٥) وزارة العدل، المملكة الأردنية الهاشمية، نشرة إرشادية حول الوساطة لتسوية النزاعات المدنية، ص١

والسوابق القضائية وغيرها مما يسهل إجراءات الوساطة(١).

في حال حدوث تسوية بين أطراف النّزاع يقوم كل طرف بالإضافة للوسيط بالتوقيع على إتفاقية، ويقوم القاضي الذي أحال الدعوى للوساطة بالتوقيع عليها، وبذلك تعد إتفاقية التسوية بعد المصادقة عليها بمثابة حكم قطعي لا يخضع لأي طريق من طرق الطّعن وتكون قابلة للتنفيـذ، أما في حال لم يتم التّوصل لتسوية فيقوم الوسيط بتقديم تقرير للقاضي المحيل يذكر فيـه عـدم توصل الأطراف إلى التّسوية ومدى التزامهم بحضور الجلسات، فإن كان عدم التّوصـل لحـل بسبب غياب أحدهم فيجوز للقاضي فرض غرامة معينة عليه(٢).

وبذلك يتبين الاختلاف بين الوساطة والتّحكيم، فيختلفان في الإجراءات المتبعة، فبينما تـتم في التّحكيم وفق جلسات مرافعة بحضور أطراف النّزاع، فقد يتحرر الوسيط أو الموفّق من هذه القيود، وقد ينفرد بالاجتماع بأحد الخصوم ويكون اجتماعه ليس للمرافعة وإنّما للاطّـلاع علـى الحجج والبينات(٣).

كما أن الوسيط والموفّق لا تُعد اقتراحاتهما ملزمة للخصوم بينما حكم المحكّم ملزم لهمـا، وكذلك فإن النّزاع ينتهي بالوساطة بتنازل كل طرف من طرفيه عن شيء من حقوقه، بينما فـي التّحكيم فإن المحكّم قد يحكم بجميع طلبات أحد الأطراف(٤).

---

(١) وزارة العدل، المملكة الأردنية الهاشمية، نشرة إرشادية حول الوساطة لتسوية النزاعات المدنية، ص٢-٥

(٢) وزارة العدل، المملكة الأردنية الهاشمية، نشرة إرشادية حول الوساطة لتسوية النزاعات المدنية، ص٦-٧

(٣) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٣٣ عن القضاء والتحكيم في اليمن، بحث مقدم ، ص٩

(٤) الضراسي، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ص٣٤

المطلب الثاني

انـعـقـاد الـخـصـومـة

وانعقاد الخصومة هي المرحلة الثانية من المراحل الأساسية للخصومة، وهـي المرحلـة التّالية لمرحلة ابتداء أو افتتاح الخصومة، ويمكن تسميتها بمرحلة إثبات الوقائع المدعى بهـا أو نفيها، وهي تمهيد لمرحلة انتهاء الخصومة والتي فيها يسقط القاضي حكم الشّـرع، أو القـانون على الوقائع التي بحث في ثبوتها في مرحلة إنعقاد الخصومة .

وقد نص فقهاء الشّريعة على أن الخصومة تنعقد بإنكار المدعى عليه لدعوى المـدعي[(١)]، وعبر بعضهم عن ذلك بأن المدعى عليه يكون خصماً بإنكاره، وبعضـهم أن القاضـي يحتـاج لقضائه شهادة الشّهود عند إنكار الخصم، والبعض بأن شرط إقامة البينة هو إنكار المدعى عليه.

يقول حيدر في المدعى عليه: "يكون بإنكاره خصماً في الدعوى وإقامة البينة"[(٢)]. ويقـول البابرتي: "إذ القاضي في قضائه يحتاج إلى شهادة الشّهود عند إنكار الخصم"[(٣)]. ويقول: "والمقر لا يصلح خصماً للمدعى عليه"[(٤)].

ويقول ابن الهمام: "إن شرط قبول البينة إنكار الخصم"[(٥)]، ويقول في موضع آخـر: "لأن دعوى المدعي إذا توجهت إلى المدعى عليه فأمره لا يخلو إما أن يقر أو ينكر , وإنكاره سـبب للخصومة"[(٦)].

وتستمر مرحلة انعقاد الخصومة، حتى بدء المرحلة الأخيرة وهـي انتهـاء الخصـومة، وتشمل مرحلة انعقاد الخصومة إنكار المدعى عليه للواقعة المدعى بها من قبل المـدعي، ومـا يترتّب على هذا الإنكار من تحقيق القاضي في ثبوت الواقعة بطرق الإثبـات المؤديـة لـذلك،

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٩٨، الطرابلسي، **معين الحكام** فيما يتردد بين الخصمين مـن الأحكـام، ص٦٣ ، البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ج٧، ص٣٦٥

(٢) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٢٢٨

(٣) البابرتي، **العناية شرح الهداية**، ج٧، ص٣٦٥

(٤) البابرتي، **العناية شرح الهداية** ، ٤٣٢/٩

(٥) ابن الهمام، **فتح القدير**، ج٥، ص٣٠٢

(٦) ابن الهمام، **فتح القدير**، ج٨، ص٣١٨

موزعاً الأدوار على الخصوم من حيث من يتحمل عبء الإثبات، وما يترتّب على الإثبات من طعون واعتراضات، فإن ثبتت لديه الواقعة المدعى بها انتقل سير الخصومة للمرحلة النهائية وهي إسقاط القاضي الحكم على الواقعة .

مرحلة انعقاد الخصومة في القانون:

اختلف فقهاء القانون في بدء مرحلة انعقاد الخصومة، فبينما يرى فريق أن انعقاد الخصومة لا يكون إلا بالاتصال بالخصم الآخر عن طريق إعلانه، أي تبليغ المدعى عليه ورقة الدعوى ، يرى آخرون أن الخصومة لا تنعقد إلا بالمواجهة وحضور المدعى عليه[1]؛ لذلك تُعد مرحلة انعقاد الخصومة في القانون أوسع مما هي عليه في الفقه الإسلامي، حيث أن انعقادها في القانون يبدأ من مرحلة متقدمة عن انعقادها في الفقه، حيث إنّها لا تنعقد في الفقه إلا بعد إنكار المدعى عليه، ولذلك فإن توضيح أو تصحيح الدعوى والجواب عنها والإقرار بها، كلّ هذه الإجراءات تدخل في مرحلة انعقاد الخصومة في القانون .

ويترتّب على دخول الإقرار في مرحلة انعقاد الخصومة في القانون، أن يترتّب على إقرار المدعى عليه وجود حكم قضائي، وأن يثبت الحقّ المدعى به بالحكم القضائي لا بالإقرار، كما هو الحال في الفقه الإسلامي .

الفرع الأول: إنكار المدعى عليه

الإنكار لغة: يقول النّسفي في تعريف الإنكار: " نكر: إذا كان على رجل دين فناكره سنين أي جحده، وهي مفاعلة من الإنكار"[2]، ويقول: "الإقرار بالشيء تقريره وضده إنكاره وهو تنكيره أي تغييره". قال الله تعالى: { **قَالَ نَكِّرُوا لَهَا عَرْشَهَا نَنْظُرْ أَتَهْتَدِي أَمْ تَكُونُ مِنَ الَّذِينَ لَا يَهْتَدُونَ** }[3] أي غيروا والتنكر التغير[4] .

---

(١) التحيوي، محمود السيد، **أثر حضور المدعى عليه في إنعقاد الخصومة**، ص٥٨ ، راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٣٢٤، راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٢٩٤، بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٣٣٥

(٢) النسفي، **طلبة الطلبة**، ص٢٠

(٣) سورة النمل، الآية ٤١

(٤) النسفي، **طلبة الطلبة**، ص١٣٧

إذن فالإنكار يحتمل أمرين، أولهما: موقف سلبي، يكتفى فيه بالجحد، والنفي. وثانيهمـا: موقف إيجابي، بأن يتخذ أمر زائد عن الجحد والنفي وهو التغيير. وعلى هذا الاحتمال الأخيـر يدخل في الإنكار الدفع، فالدفع أشد وأقوى من جحد ونفي دعوى المدعي فهو تغيير في الواقعـة المدعى بها، ويكون ذلك بإضافة زيادة على تلك الواقعة، فالدفع بالإبراء أو إيفاء الدين فيه زيادة عن الواقعة المدعى بها وهي استحقاق الدين بواقعة الإبراء أو السداد، أما إنكار واقعة اسـتحاق الدين فليس فيه أي زيادة على الواقعة .

وعليه فإن الدفع يتبع الإنكار في انعقاد الخصومة، وعليه فإن الخصـومة تنعقـد بإنكـار المدعى عليه، أو دفعه لدعوى المدعي .

وسبق الحديث عن الإنكار وتفصيل حالات الإنكار الصريح والضمني بالسكوت والغياب، ويترتّب على الإنكار، إقامة البينة من المدعي [١] .

أما في القانون فقد صرح فقهاء القانون، أن دفع المدعى عليه لدعوى المدعي هو إنكـار، والإنكار والدفع هما من وسائل دفاع المدعى عليه ، فالدفع هو جواب المدعى عليه على الدعوى بإنكارها، أو إنكار جواز قبول سماعها أو بإنكار صحة الإجراءات التي رفعت بها أو اختصاص المحكمة المرفوعة إليها[٢].

الفرع الثاني: الدفع

المسألة الأولى: تعريفه:

الدفع لغة: جميع تعريفات اللّغة دارت حول أن الدفع مصدر من دفع يدفع دفعاً، أي تنحية الشيء وإزالته بقوة وصرفه[٣].

الدفع اصطلاحاً : تمحورت معظم تعريفات الفقهاء للدفع في معناه العام الشـامل لجميـع أنواعه سواء الدفوع الشكلية أو الموضوعية أوعدم الخصومة، بأنّه دعوى من قبل المدعى عليه،

---

(١) ص من الأطروحة .

(٢) مسلم، أحمد، **أصول المرافعات والتنظيم القضائي**، دار الفكر العربي، ١٩٧٨، ص٥٦٥

(٣) ابن منظور، محمد بن كرم ، **لسان العرب**، ج٨، ص٨٧ ، المعجم الوسيط، ص٢٨٩

فعرفه حيدر: "هو إيراد دعوى من طرف المدعى عليه ترد دعوى المـدعي"[١] وهـو شـبيه بتعريف المجلّة: "هو أن يأتي المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي"[٢] .

وقد عرفه علي قراعة أكثر تفصيلا بأنّه " دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصـب المدعى عليه خصماً عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه، أو إبطال دعوى المدعي"[٣].

وعرفه محمود محجوب أبو النّور بقوله: "الدفع دعوى من المدعى عليه أو ممن له شـأن في الدعوى، في مقابلة دعوى المدعي متى ثبتت وجب على القاضي الحكـم بمـا قـام عليـه الدليل"[٤].

ولكن جميع هذه التعريفات لم تسلم ، ولم تخلُ من الانتقادات والتوجيهات، لذلك فقد عرفه الدكتور زياد صبحي ذياب بأنّه: "دعوى يثيرها الخصم أو المتضرر قبل الحكم بقصـد تفـادي الحكم عليه كلياً أو جزئياً أو تأخير الحكم بها أو بدعوى مستقلّة بعد الحكم بقصد فسخه بحقّـه أو تعديله أو منع تنفيذه عليه"[٥].

وبعد أن بين حيدر أنواعه وأنّه على خمسة أنواع : الدفع , ودفع الدفع، والدفع قبل الحكم, والدفع بعد الحكم , والدفع غير الصحيح، بين أنّه يستثنى من ضابط يجب أن يكون الـدفع مـن المدعى عليه مسألتان :

١.إذا كان المدعى عليه أحد الورثة فللورثة الآخرين أن يدفعوا الدعوى .

٢.إذا ضبط المال المشترى من يد المشتري بالاستحقاق تقبل بينة البائع لكونـه اشـترى المال من المستحقّ قبل بيعه المال المذكور للمشتري[٦].

وفي الحقيقة أن الأمر لا يتوقف على هذين الاستثناءين فكلّما كان الحكم فـي الـدعوى الأصلية يمس الغير، أي غير المتخاصمين في الدعوى، كان لهذا الغير أن يتدخّل ويدفع الدعوى

---

(١) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٢٩٢

(٢) باز، سليم رستم، **شرح المجلة**، ص٧٩٣

(٣) قراعة، علي ، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ط٢، ١٩٢٥، مطبعة النهضة، مصر، ص٥٤

(٤) أبو النور، محمود محجوب. **نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الاسلامي**، الدار السودانية للكتـب، الخرطوم، ١٩٩٩م ، ص٣٠

(٥) ذياب، زياد صبحي، محاضرات في مادة: دراسة متخصصة في دفع الدعوى، لطلبـة الـدكتوراة القضـاء الشرعي، للعام الدراسي ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، الجامعة الاردنية.

(٦) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٢٩٢

الأصلية بما لديه من دفوع تدفع ما يتأثّر به من الحكم، ويقبل دفعه سواء قبل الحكم بالتـدخّل أو بعده باعتراض الغير، وهذا ما سنبحثه- إن شاء الله- مفصلاً في مسألة اعتراض الغيـر، فـي فصل آثار الخصومة .

أما في القانون فقد تمحورت معظم التعريفات على أنّه وسيلة دفاع، ومن هذه التّعريفات ما عرفه أبو الوفا بأنّه: " جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها ليجيب على دعوى خصمه بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه "(١) .

المسألة الثانية: أنواع الدفوع

تنقسم الدفوع بوجه عام إلى دفوع شكلية، ودفوع بعدم الخصومة، ودفـوع موضـوعية، ويقابل الدفع بعدم الخصومة في الشريعة الدفع بعدم القبول في القانون.

أولا- الدفوع الشكلية

وتنقسم الدفوع الشكلية إلى الدفع بعدم الاختصاص المكاني، والـدفع بعـدم الاختصـاص الوظيفي، وبعض فقهاء القانون يرون أن الدفع بعدم القبول منها، وحيث إن ما يقابل هذا النّـوع من الدفع في الشّريعة الإسلامية هو الدفع بعدم الخصومة، فإنّنا نلاحظ أن الدفع بعدم الخصـومة لا يندرج من ضمن الدفوع الشكلية في الشّريعة الإسلامية، ويختلف عنها من حيث الخصـائص والآثار، وهو ما سيتم تفصيله –إن شاء الله تعالى_ لذلك سأقوم ببحثه منفصـلاً عـن الـدفوع الشكلية .

الدفوع الشكلية: هي الدفوع التي تُوجه إلى إجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المدعى به، بهدف إنهاء الخصومة دون الفصل في الموضوع أو تأخير الفصل فيه(٢) كالدفع بعدم الاختصاص المكاني أو عدم الاختصاص الوظيفي.

---

(١) أبو الوفا، أحمد. **نظرية الدفوع في قانون المرافعات**، دار المعارف، ص١٧

(٢) عمر، نبيل إسماعيل، **أصول المرافعات الجزائية**، ص٥٨٦.

الدفع بعدم الاختصاص المكاني

الاختصاص لغة: مصدر اختص، وخص واختص بمعنى واحد انفرد. والاختصاص في القضاء: ما لكلّ محكمة من المحاكم من سلطة القضاء تبعاً لمقرها أو لنوع القضية، وهو نوعي إذا اختص بالموضوع، ومحلي إذا اختص بالمكان(١).

يقصد بالاختصاص المكاني القضائي في الفقه الإسلامي هو: قصر حقّ القاضي في فصل الخصومات على الأشخاص الذين يقيمون في مكان معين ومحدد. أو قصر حقّ القاضي في القضاء ضمن نطاق جغرافي معين لا يتعداه إلى غيره من الأماكن(٢) .

مشروعية الاختصاص المكاني القضائي في الفقه الإسلامي:

عرفت الشّريعة الإسلامية الاختصاص المكاني في القضاء منذ عهد النّبوة، فقد بعث رسول الله ﷺ أصحابه إلى الأمصار فبعث علي بن أبي طالب قاضياً إلى اليمن في وقت من الأوقات، وبعث معاذ بن جبل وأبا موسى الأشعري قاضيين إلى اليمين في نفس الوقت، وولّى عتاب بن أسيد على مكّة . واستمر الخلفاء من بعد رسول الله ﷺ على هذا المنهج، فولّى عمر شريحاً قضاء الكوفة , وكعب بن سوار قضاء البصرة وغير ذلك (٣).

ويكون هؤلاء القضاة هم وكلاء عن ولي الأمر في فصل الخصومات، والوكالة مما يجوز تقييدها حسب رغبة الموكّل، فلولي الأمر أن يقيد القاضي بأن يكون قضاؤه في حدود منطقة جغرافية معينة، بل يجب عليه ذلك لاتّساع البلاد ولعدم إمكانيته أيضاً بالقيام بمهمة القضاء وحده، وهذا يعني تعيين أكثر من قاضٍ في أنحاء البلاد، ولتنظيم الأمر وجب تقييد كل واحد

---

(١) مصطفى، إبراهيم وزملاؤه .**المعجم الوسيط**، المكتبة الإسلامية، تركيا، ص٢٣٨

(٢) ذياب، زياد صبحي، محاضرات في مادة: دراسة متخصصة في دفع الدعوى، للعام الدراسي ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، الجامعة الاردنية.

(٣) الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ج٦، ص٤٥٥، ابن قدامه، المغني، ج١٠، ص١٣٥، المرتضى، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، ج٦، ص١١٦، ذياب، زياد صبحي، **الدفوع الشكلية في الفقه الإسلامي والقانون**، ١٩٩٤م ، ص٢٨

منهم بمكان معين، كي لا يتكلف الناس مؤنة الوصول إليه، لما في السفر إليه من المشقّة وكلفـة النّفقة[(١)].

وفي تعيين أكثر من قاضٍ في نفس المكان، اتّفق الفقهاء على أنّه يجوز تخصيص القضاء بالنّوع، وعليه إذا كان كلّ من القاضيين مختص بنظر قضايا غير المختص بها صـاحبه، فـلا خلاف في جواز ذلك[(٢)]، ولكن الخلاف في حالة كون كل منهما عام النّظر، فذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز ذلك؛ لأنّه يخشى اختلافهما في الاجتهاد والرأي ، فيرى أحدهما ما لا يراه الآخر فتقف الحكومة ولا ينقطع النّزاع بين الخصوم، وبهذا قال بعض الشّافعية [(٣)]، والحنابلة في وجه اختاره أبو الخطاب[(٤)].

وذهب بعض الفقهاء إلى أنّه يجوز للإمام أن يولي قاضيين في عموم النّظر فـي مكـان واحد، ذلك أن القاضي نائب عن الإمام، والنّيابة كالوكالة، وتجوز أن تكون الوكالة لاثنين فكذلك النّيابة، كما أنّه يجوز للقاضي أن يستخلف في البلدة التي هو فيها خليفتين في موضوع واحـد، يجوز ذلك للإمام من باب أولى لأن توليته أقوى، وبهذا قال الحنفية والأكثريـة مـن الشّـافعية والحنابلة في وجه وهو الأصح[(٥)].

واختلف الفقهاء حال وقوع خصومة بين شخصين؛ كل شخص يتبع ولاية قاضٍ يختلـف عن الآخر، فمن القاضي صاحب الاختصاص في نظر هذه الدعوى، على قولين:-

---

(١) الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهـى**، ج٦، ص٤٥٥ ، ابـن مفلـح، **الفـروع**، ج٦، ص٤١٨ ، ياسين، **نظرية الدعوى**، ص٥٤

(٢) ابن قدامه، **المغني**، ج١٠،ص١٣٦

(٣) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٩٣

(٤) ابن قدامه، **المغني**، ج١٠، ص١٣٦.

(٥) ابن قدامه، **المغني**، ج١٠، ص١٣٦، الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٩٣

القول الأول: أن المدعي هو الذي يختار القاضي؛ ذلك أن المدعي هو المنشئ للخصـومة وهو الذي لا يجبر على الخصومة، وبما أنّه أعطي حقّ إنشاء الخصومة فكـذلك حـقّ اختيـار القاضي. ذهب إليه أبو يوسف من الحنفية[(١)] والمالكية[(٢)]، والشافعية[(٣)]، والحنابلة[(٤)].

القول الثّاني: أن المدعى عليه هو صاحب الحقّ في تعيين القاضي الذي ينظر الدعوى؛ وذلك لأن المدعى عليه دافع للخصومة عن نفسه والأصل براءة ذمته والظّاهر يشهد له، فأخـذه إلى من يأباه لريبة بنيت عنده وتهمة وقعت له ربما يوقعه في ارتباك يحصل له، فيؤدي ذلك إلى إثبات ما ليس في الحقيقة ثابتاً في ذمته، فالأولى مراعاة جانبه بالنّظر إليه واعتبـار اختيـاره. وذهب إليه محمد بن الحسن من الحنفية وهو الصحيح في المذهب[(٥)].

وقد اختلف فقهاء المذهب الحنفي في فهم مذهب الإمام محمد بـن الحسـن إلـى فهمـين مختلفين[(٦)]:

الفهم الأول: يقر أن العبرة في تعيين القاضي هو مكان المدعى عليه، وقاضي هذا المكان هو المختص في فصل الدعوى، ولا عبرة لاختيار المدعى عليه إذا وقع اختياره علـى مكـان خصمه المدعي[(٧)].

---

(١) داماد أفندي، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر،** ج٢، ص١٥١

(٢) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل،** ج٨، ص٩٨ ، الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج٧، ص١٤٥

(٣) الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج،** ج١٠، ص١١٨ ، الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهـاج**، ج٨، ص٢٤٣ ، الأحكام السلطانية، ص٩٣ ، الأنصاري، **أسـنى المطالـب شـرح روض الطالـب**، ج٤، ص٢٨٧

(٤) ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص٤٢١ ، المرداوي، **الإنصاف**، ج ١١، ص١٦٨

(٥) دامادا أفندي، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر،** ج٢، ص١٥١، ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص١٩٤

(٦) ياسين، **نظرية الدعوى** ، ص٢١٦ ، ذياب، زياد صبحي، محاضرات في مادة: دراسة متخصصة في دفع الدعوى، لطلبة الدكتوراة القضاء الشرعي، للعام الدراسي ٢٠٠٤/٢٠٠٣ ، الجامعة الاردنية.

(٧) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٦٠٨ ، داماد أفندي، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر،** ج٢، ص١٥١، ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق،** ج٧، ص١٩٤

الفهم الثاني: يقرر أن العبرة في تعيين القاضي هو لاختيار المدعى عليه، فأي قاضٍ يقع اختياره عليه يكون هو المختص(١).

ولكن إذا كان كل منها مدعياً ومدعى عليه، والحق المتنازع عليه متساويان فيه، بأن كـان كل واحد منهما طالباً ومطلوباً، فيكون القاضي الأقرب هو صاحب الولاية لفصل القضية، فـإن استويا في القرب عمل بالقرعة(٢).

وبما أن الفقه الإسلامي قد عرف الاختصاص القضائي بأنواعه- كما مر سابقاً- فإنّـه لا بد وأن يكون قد عرف الدفع بعدم الاختصاص المكاني، إذ أن الدفع بعدم الاختصاص المكـاني متعلّق من متعلّقات الاختصاص المكاني ؛ فحيثما وجد الاختصاص استلزم وجود الدفع بمخالفته حتماً، وإلا أصبح وجود الاختصاص أمراً عبثياً لا فائدة من وجوده ، إذ إن الثّمرة العملية التـي تترتّب على الاختصاص هي تولّد حقّ الدفع عند مخالفة قواعده.

ويكون الدفع بعدم الاختصاص المكاني عند من قال من الفقهاء بأن العبـرة فـي تحديـد القاضي المختص لمكان المدعى عليه أو اختياره، فإن الدفع بعدم الاختصاص المكاني يتصـور وجوده؛ لأن الحقّ له في تحديد القاضي الذي ينظر الدعوى، فإذا ابتدأ المدعي دعواه عند قاضٍ غير هذا القاضي المختص وخالف قواعد الاختصاص، تولّد للمدعى عليه الحقّ في الدفع بعـدم الاختصاص المكاني، واستغلال ما منحه له الشّارع من ميزة وهي حقّه في اختيار القاضـي، أو على الأقل كون القاضي هو الذي في محلته(٣).

خصائص الدفع بعدم الاختصاص المكانيّ

إن الدفع بعدم الاختصاص المكاني في الفقه الإسلامي، تختلف خصائصه بناء علـى مـا سبق من معنييه؛ وبحسب تقييد القاضي لعقد التولية كما يلي: -

---

(١) ياسين، **نظرية الدعوى** ، ص٢١٦ .

(٢) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٨، ص٩٨ ، الخرشي، **شرح مختصر خليل**، ج ٧، ص١٤٥ الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ج١٠، ص١١٨ ، الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٨، ص٢٤٣ ، الأحكام السلطانية، ص٩٣

(٣) ذياب، زياد صبحي، محاضرات في مادة: دراسة متخصصة في دفع الدعوى، للعام الدراسي ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، الجامعة الاردنية.

فعلى الفهم الأول له، أو إذا كان عقد التولية على تقييد سلطة القاضي في القضاء في منطقة جغرافية معينة،أو سكّان محلة معينة المقيمين والطارئين لا يجوز له القضاء في غيرها، فيكون هذا الاختصاص المكاني من النّظام العام لا يجوز لهذا القاضي أن يتعداه، ويجب عليه التنبه من تلقاء نفسه لهذا الأمر ، دون التوقّف على تنبيه الخصوم له. وذلك لأنّه يجب عليه الإلمام والتقيد بما جاء في عقد التولية .

أما على الفهم الثّاني، أو إذا كان عقد التولية على تقييد سلطة القاضي في القضاء على سكّان منطقة جغرافية معينة ، أو محلّة معينة المقيمين دون الطارئين[1] ، فإن من الأنسب القول بأن هذا الدفع ليس من النّظام العام، ويجب على المتضرر إثارته، وذلك لعدة أمور:-

١. لأن الدفع بعدم الاختصاص المكاني هو حقّ للمتضرر وهو المدعى عليه ، وحيث إنّه حقّ من حقوقه فيستطيع وضعه والتنازل عنه .
٢. أن القاضي في هذه الحالة لم يخالف مقتضى عقد التولية، إذ أنّه ملتزم في القضاء في المنطقة الجغرافية الموكولة إليه .
٣. مع اتّساع البلدان والمحلات فلا يستطيع القاضي الإحاطة ومعرفة سكّان المنطقة المولى القضاء عليها، فوجب على المتضرر عند مخالفة الاختصاص، تنبيهه إلى ذلك . وكذلك يصعب الطّلب من تلقاء نفسه من الخصوم إثبات موطن سكناهم، لما يوقع العمل القضائي من التّهم والحرج، وتضييع الوقت، وتغيير هدفه الأساسي من الانشغال في تحصيل الحقوق على الانشغال وإضاعة الوقت في أمور شكلية لا داعي لتضييع الوقت فيها .

الدفع بعدم الاختصاص المكاني في القانون

عرف أهل القانون الاختصاص بأنّه :" سلطة الحكم بمقتضى القانون في خصومة معينة، واختصاص محكمة معناه نصيبها من المنازعات التي يجوز لها الفصل فيها"[2].

وعرفوا الدفع بعدم الاختصاص المكاني بأنّه: " الدفع الذي يقصد به منع المحكمة من الفصل في الدعوى المعروضة أمامها لخروجها عن حدود ولايتها طبقاً لقواعد الاختصاص"[1] .

---

(١) وذلك لأن القول بتقييده بالقضاء على سكّان منطقة معينة المقيمين والطارئين، هو من قبيل تقييده بالقضاء في منطقة جغرافية محددة ، وهي نفسها الحالة الأولى .

(٢) التكروري، عثمان، **الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية**، مكتبة دار الثقافة، ص٣١

ولكن نلاحظ من هذا التّعريف أنه شمل جميع أنواع الدفوع بعدم الاختصاص، فشمل الدفع بعدم الاختصاص المكاني كما شمل الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي.

كما أنّه لشموله اكتنفه بعد الخلط، حيث إن الدفع بعدم الاختصاص المكاني لا يكون إلا من قِبل المدعى عليه، وهو في التّعريف لم يتحدد بذلك لدخول الدفع بعدم الاختصـاص الـوظيفي، حيث أنّه من النّظام العام الذي يمكن إثارته من غير المدعى عليه .

وعليه أرى أن يكون تعريف الدفع بعدم الاختصاص المكاني في القانون بأنّه: "الدفع الذي يثيره المدعى عليه قاصداً منع المحكمة من فصل الدعوى المعروضة أمامها متمسـكاً بتطبيـق قواعد الاختصاص المكاني بحقّه "

خصائص الدفع بعدم الاختصاص المكاني في القانون

عد فقهاء القانون الدفع بعدم الاختصاص المكاني نوعاً من أنواع الدفوع الشكلية الـذي لا يتعرض لأصل الحقّ المدعى به. وقد سادت قاعدة -منذ القانون الروماني- بأن هذا الدفع ما هو إلا حقّ من حقوق المدعى عليه، وضع مراعاة لوضعه القانوني وأنّه مهاجم من قبـل المـدعي والأصل براءة ذمته، فعلى المدعي أن يسعى إليه في مكان إقامته؛ ليتجنّب مصـاريف الانتقـال إلى مكان إقامة المدعي؛ لذلك فهو لا يتعلّق بالنّظام العام، ولا يجوز للمحكمة التعرض لـه مـن تلقاء نفسها .

أما في الدعاوى المتعلّقة بالعقارات، فإن لمحكمة موقع العقار صلاحية النّظر في الدعوى وذلك لأن هذه المحكمة هي الأكثر قدرة على الفصل فيها؛ نظراً لقربها من العقار وهذا يجعلهـا أكثر قدرة على الإحاطة بعناصر النّزاع، كما يعطيها سرعة في بث القضية لأن الفصـل فيهـا يستلزم الكشف عن العقار ومعاينته .

ورغم أن القاعدة الأساسية في الاختصاص المكاني تعطي محكمة محل إقامة المدعى عليه حقّ الاختصاص بفصل الدعوى، إلا أنّها ككلّ القواعد لها استثناءات يستثنيها المشـرع لغايـات

---

(١) أبو الوفا، **نظرية الدفوع**، ص١٥٢

تحقيق المصلحة للخصوم بصورة أفضل؛ لأن المحكمة التي تعطى الحقّ بفصل الدعوى تكـون أقدر على فصلها وأسرع من محكمة محلّ إقامة المدعى عليه[١].

مقارنة بين الشّريعة والقانون

من خلال البحث في الدفع بعدم الاختصاص المكاني في الفقه الإسلامي والقانون، نجد أن أهم ما قد يفترق به الفقه عن القانون هو طبيعة هذا الدفع، وهل هو من النّظام العام ، أم لـيس من النّظام العام ، حيث إن الفرق بين الدفوع الشكلية التي تندرج تحت النّظـام العـام تختلـف خصائصها عن مثيلاتها التي لا تُعد من النّظام العام .

وكما سبق بيانه فإن الدفع بعدم الاختصاص المكاني في الفقه الإسلامي قد يتصور كونـه من النّظام العام؛ وذلك لأن القاضي مقيد في عقد توليته من قبل ولي الأمر بالحكم فـي منطقـة جغرافية محددة، وهو ممنوع عن الحكم في غيرها؛ فوجب عليه التعرض لذلك من تلقاء نفسـه، وعدم نظر دعوى هو ممنوع من قبل ولي الأمر عن النّظر فيها .

وباعتبار أن الدفع بعدم الاختصاص المكاني في الفقه الإسلامي من النّظام العـام خلافـاً للقانون ، تترتّب الفروق التّالية بينهما[٢]:

١. الدفع الذي يتعلّق بالنّظام العام يجوز بل يجب أن تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، بعكس الدفع الذي لا يتعلّق بالنّظام العام .
٢. لا يجوز للخصوم الاتّفاق على خلاف القاعدة المنشئة للدفع المتعلّق بالنّظام العام، وبالتّـالي إسقاط حقّ الخصم في إثارة الدفع، أو منع المحكمة من التعرض له من تلقاء نفسـها، أمـا الدفع غير المتعلّق بالنّظام العام فيجوز الاتّفاق على إسقاط الحقّ في إثارته .
٣. يجوز إثارة الدفع المتعلّق بالنّظام العام في أي مرحلة من مراحل الدعوى، بخلاف الـذي لا تعلّق له بالنّظام العام فيجب إثارته قبل الإجابة عن موضوع الدعوى .

---

(١) ذياب، زياد صبحي، محاضرات في مادة: دراسة متخصصة في دفع الدعوى، للعام الدراسي ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، الجامعة الاردنية.

(٢) ذياب، زياد صبحي، محاضرات في مادة: دراسة متخصصة في دفع الدعوى، للعام الدراسي ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، الجامعة الاردنية.

الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي

الاختصاص الوظيفي أو الاختصاص النّوعي مسميان لاسم واحد يقصد به: قصر ولايـة القاضي على نوع معين أو أكثر من نوع من القضايا التي يجوز له الحكم بها. وعرفه الـدكتور زياد صبحي ذياب بأنّه: "تخصيص القاضي بخصومات ذات موضوعات معينة ليفصل بها دون سواها"[١].

ويعبر الفقهاء عن الاختصاص الوظيفي بأن يكون القاضي خاص النّظر، كما يعبـرون عن الاختصاص المكاني بأن يكون القاضي خاص العمل[٢]. وقد أجاز الفقهاء أن يكون القاضي عام النّظر خاص العمل, أي أن يقلّد ولاية القضاء بحيث يختص بالنّظر في جميع الأحكام في بلد معين أو جانب من جوانب البلد[٣].

وقد اختلف الفقهاء في الأعمال المسندة إلى القاضي صاحب الولاية العامة علـى قـولين:

القول الأول : أن الأعمال المناطة به لا حدود لها شـرعاً وتتعـين حسـب اللفـظ والعـرف والأحوال[٤] .

القول الثاني: أن الولاية العامه في القضاء تعطي الحقّ للقاضي أن يقوم بالأعمال التّالية[٥]:-

١- فصل المنازعات وقطع التشاجر والخصومات, إما صلحاً عن تراضٍ ويراعى في الصلح أن يكون جائزاً ،أو إجباراً بحكم بات.
٢- استيفاء الحقوق، فحقّ مطل بها وإيصالها إلى مستحقيها بعد ثبوت استحقاقها.
٣- ثبوت الولاية على من كان ممنوع التّصرف بجنون أو صغر والحجر على من يرى لسفه أو فلس, حفظاً للأموال على مستحقّيها وتصحيحاً لأحكام العقود.
٤- النّظر في الأوقاف بحفظ أصولها وتنمية فروعها والقبض عليها وصرفها في سبيلها.
٥- تنفيذ الوصايا على شروط الموصي بها فيما أباحه الشّرع .

---

(١) ذياب، زياد صبحي، محاضرات في مادة: دراسة متخصصة في دفع الدعوى، للعام الدراسي ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، الجامعة الاردنية.

(٢) ابن قدامه، المغني، ج١٠، ص١٣٦

(٣) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٩٣ ، ابن قدامه، **المغنـي**، ج١٠، ص١٣٦ ، ذيـاب، زيـاد صـبحي، محاضرات في مادة: دراسة متخصصة في دفع الدعوى، للعام الدراسي ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، الجامعة الاردنية.

(٤) ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص٤٢٠

(٥) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٩٠، ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص٤٢٠

٦- تزويج الأيامى بالأكْفَاء إذا عد من الأولياء ودعين إلى النّكاح عند غير أبي حنيفة لأنّه يجيز للأيم أن تنفرد بعقد النّكاح.
٧- إقامة الحدود على مستحقّيها.
٨- النّظر في مصالح عمله من الكفّ عن التعدي في الطرقات والأفنية وإخراج ما لا يستحق من الأجنحه والأبنية، وله أن ينفرد بالنّظر فيها وإن لم يحضره الخصم خلافاً لأبي حنيفة الذي لا يجيز إلا بحضور الخصم.
٩- تصفح الشّهود وأمنائه وإختيار النائبين عنه من خلفائه.
١٠- التّسوية في الحكم بين القوي والضعيف، والعدل في القضاء بين المشروف والشّريف.

هذه هي الأعمال التي تناط بالقاضي إذا كان عام النّظر، ولقد نص الفقهاء على أنّه يجوز لولي الأمر أن يولي قاضياً خاص النّظر ليحكم في موضوعات معينة دون غيرها, فقد أجازوا للإمام أن يولي قاضيين في مكان معين يختص كل واحد منها بنوع من الأحكام تختلف عن الأنواع المسندة للآخر وهو ما يعبر عنه بالاختصاص الوظيفي[(١)].

وبما أن الفقه الإسلامي أجاز تخصيص القضاء بموضوعات معينه، فإنّه يستلزم وجود الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي عند مخالفة قاعدة هذا الاختصاص، وإلا لأصبح وجود هذا الاختصاص عبثاً دون وجود فائدة مرجوة، والقول يستلزم: لأن هذا النّوع من الدفوع من النّظام العام الذي يجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه، حيث إنّه مقيد به في عقد توليته .

خصائص الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي:

بما أن القاضي مقيد بعقد الولاية بأن يفصل بدعاوى معينة فلا يجوز له الفصل بغيرها من القضايا , لأن عقد الولاية حدده بهذه الدعاوى دون غيرها، وبناء على ذلك فإذا رفعت له دعوى من غير الدعاوى المسندة إليه في عقد الولاية فعليه الامتناع عن رؤيتها، وهذا الامتناع يعني أنّه لا يجوز له النّظر بموضوعها، وإن كان من حقّه ردها دون الدخول بالموضوع، وبالتالي فإنّه يمكن القول: إن الاختصاص الوظيفي يتعرض له القاضي ولو لم يثره الخصم، وهذا يدل على

(١) الماوردي، **الأحكام السلطانية**، ص٩٠، ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص٤٢٠

أن الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي من منظور الفقه الإسلامي يعد من النّظام العامّ(١)، وقد بينـا خصائص الدفع المتعلّق بالنّظام العام، والفرق بينه وبين الدفع الذي ليس من النّظام العام(٢).

التكييف الفقهي للدفع بعدم الاختصاص المكاني والوظيفي

مبدأ وجود الاختصاص المكاني والوظيفي وحتى غيره من أنواع الاختصاص القضـائي في الفقه الإسلامي منبثق من أمر أساسي في الشّريعة الإسلامية، ألا وهو إناطة مهمـة فصـل الخصومات وحلّ النّزاعات بين أفراد المجتمع الإسلامي في الدولة الإسلامية لـولي الأمـر – الحاكم الأعظم- خليفة المسلمين، ولكن ولي الأمر لا يستطيع القيام بجميع المهمات المناطة بـه بنفسه خصوصاً وأن الدولة الإسلامية قد اتّسعت اتساعاً كبيراً وكثرت الخصومات؛ ولهـذا فقـد راعت الشّريعة الغراء هذه المسألة وأعطته الحق في إنابة وتفويض أشخاص عنه ليقوموا بهـذه المهمة كلياً ويتفرغ هو لأمور أخرى أو حتى مساعدته فيها، وإن طبيعة هذه الإنابة والتّفـويض هي من باب الوكالة فالقاضي هو وكيل عن ولي الأمر، وإن من المعلوم في الشّريعة الإسـلامية أن من حقّ الموكّل تقييد الوكالة بما شاء، وعليه فإن تخصيص سلطة القاضي بالمكان أو النّـوع أو بغيرها من أنواع الاختصاص من قبيل تخصيص الوالي لإنابته .

الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي في القانون

الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي في القانون من النّظام العام الذي لا تجوز مخالفته، حيث إن القاضي غير مختص في نظر الدعوى بموجب عقد توليته، وهـو محجـوب السـلطة عـن نظرها، وليس كما هو الحال في الدفع بعدم الاختصاص المكاني؛ حيث وجِد حفاظاً لحقّ المدعى عليه، فكان الدفع بعدم الاختصاص الوظيفي من النّظام العام الذي تتعرض له المحكمة من تلقاء نفسها، ويدفع به في أي مرحلة من مراحل الدعوى .

---

(١) ذياب، زياد صبحي، محاضرات في مادة: دراسة متخصصة في دفع الدعوى، للعام الدراسي ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، الجامعة الاردنية.

(٢) انظر ص١٨٣

ثانيا- الدفع بعدم الخصومة:

ورغم أن هذا الدفع في الشّريعة الإسلامية يتشابه مع الدفوع الشّكلية من حيث إنّه ينصب على دفع المدعى عليه للخصومة عنه دون التعرض لموضوع الدعوى، إلا أنّه يختلف عن الدفوع الشّكلية في النّتيجة، والحقيقة أنه من حيث النتيجة يعد أقوى منها، حيث إنّه يهدف إلى إنهاء الخصومة كلياً عن الدافع، ويضمن له عدم مخاصمته مرة أخرى فيها، أما الدفوع الشّكلية فإن الدافع يهدف إلى دفع الخصومة بشكل مؤقّت، ويحقّ للمدعي أن يخاصمه مرة أخرى لدى الجهة ذات الاختصاص.

فبينما ينصب الدفع بعدم الخصومة على صحة الخصومة نفسها، ينصب في الدفوع الشّكلية على الجهة صاحبة الصلاحية والاختصاص .

وقد عرفه علي قراعة بأنّه: " دعوى من قبل المدعى عليه، أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه، أو إبطال دعوى المدعي"[١].

وهو الدفع الذي يقصد به: دفع الخصومة دون التعرض لصدق المدعي أو كذبه في دعواه، وقد سبق بيانه في مسألة شرط الخصومة وهو النّزاع، وركنه تعارض المصلحة، وما ينتج عنه من صحة الخصومة .

ويتجلّى هذا الدفع في المسألة المخمسة، فإذا دفع المدعى عليه دعوى المدعي بملكية عين تحت يده بأن هذه العين هي أودعها لدى فلان الغائب، لم يتعرض لصدق المدعي أو كذبه في ملكيته للعين المدعاة، وإنّما كلامه هذا دفع عن نفسه حقّ مخاصمته، فإذا قبل القاضي هذا الدفع وثبت عنده بالبينة أو بإقرار المدعي نفسه، يحكم بأن لا خصومة بين المتداعيين بدون تعرض للملكية أصلاً، وللمدعي أن يدعي على الخصم الحقيقي في أي وقت أراد[٢].

---

(١) قراعة، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ص٥٤

(٢) قراعة، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ص٥٤

ويقابل هذا الدفع في الشّريعة الدفع بعدم القبول في القانون، فهي دفوع توجه إلى نفس وسيلة الحماية القضائية. فقد عرفه أبو الوفا بأنّه: الدفع الذي ينكر فيه الخصم سلطة خصمه في استعمال الدعوى، كأن يزعم انقضاء صفة الخصم، أو سبق صدور حكم في الموضوع[1]. فهو منصب على الدعوى وهي الوسيلة التي يحمي بها صاحب الحق حقه متعرضاً لصحتها وشروط قبولها، فالدافع يهدف من إثارة هذا الدفع تجنيبه المثول في الخصومة كمدعى عليه .

ثالثا- الدفوع الموضوعية:

وهي الدفوع التي يقصد بها: إبطال نفس دعوى المدعي والغرض الذي يرمي إليه بدعواه، فدفع المدعى عليه بالإبراء لدعوى المدعي بالدين إن ثبت دفعه فإنّه يهدف إلى إبطال دعوى المدعي، والغرض الذي يرمي إليه المدعي من الحكم له بالدين، فيكون الحكم بعكس غرضه برفض دعواه وعدم استحقاقه.

وكما أن هذا الدفع لا يقبل إلا من المدعى عليه، فإنّه يقبل من أي شخص يعود ضرر الدعوى عليه، كما إذا كان المدعى عليه أحد الورثة، بأن ادعى عليه المدعي بمال على مورثه الميت وحكم له، فللورثة الآخرين أن يدفعوا الدعوى، كما لو دفع أحدهم بأن المدعي أقر بأنّه مبطل، وذلك لأن الوارث الآخر يتضرر من مدعي الدين على الميت؛ لأنّه يترتّب على دعواه أخذ جزء مما قبضه من التّركة ليدفع للدائن[2]. ومن صور ممن يقبل الدفع منهم من غير المدعى عليهم البائع إذا ضبط المال المشترى من يد المشتري بالاستحقاق، تقبل بينة البائع على كونه اشترى المال من المستحق قبل بيعه المال المذكور للمشتري[3]، وذلك لأن البائع يتضرر من دعوى المستحقّ؛ لأنّه يترتّب عليها رجوع المشتري عليه بالثّمن الذي دفعه له[4] .

وصح الدفع ودفع الدفع وما زاد على ذلك، وكما يصح الدفع قبل إقامة البينة يصح بعدها، وكما يصح قبل الحكم يصح بعده، وتُستثنى مسألتان لا يصح فيهما الدفع بعد الحكم[5]:-

(١) أبو الوفا، **نظرية الدفوع** ، ص١٧

(٢) قراعة، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ص٥٥-٥٦

(٣) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٢٩٢

(٤) قراعة، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ص٥٥

(٥) قراعة، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ص٥٧-٥٨

الأولى: في المسألة المخمسة، فلو قال المدعى عليه بعد ثبوت الـدعوى بالبينـة، وحكـم القاضي للمدعي بمقتضاها أن هذه العين مودعة فلان الغائب يريد بذلك دفع الخصومة عن نفسه، لم يسمع منه القاضي.

الثانية: إذا برهن المدعي أنّه ابن عم المدعى عليه لأمه وأبيه، وبرهن المدعى عليه أنّـه ابن عمه لأمه فقط، فلا يقبل هذا بعد الحكم وإنّما يقبل قبله .

ولا يؤثّر قبول الدفع بعد الحكم على استقرار القضاء وحجية الحكم، بأن يكون كل حكـم معرض لورود الدفع عليه وإلغائه؛ لأنّه يشترط في قبول الدفع بعد الحكم، شرطان(١):

الأول: أن يبرهن الدافع على بطلان القضاء الأول، كما إذا ادعى المدعي داراً بالإرث من أبيه وبرهن على ذلك وقضى له القاضي بها، وبعد ذلك ادعى المدعى عليه الأول أنّـه اشـترى الدار من مورث المدعي الأول .

الثاني: أنّه لا يمكن التوفيق بين دفع المدعى عليه والدعوى الأصلية، فلو أمكن التوفيـق بينهما لا يقبل الدفع بعد الحكم، وصورته أن يدعي شخص ملكية دار ويحكم لـه بهـا، فيـدعي المدعى عليه أن المدعي أقر قبل الدعوى أن لا حقّ له في الدار، فلا يقبل هذا الدفع ولا يـنقض الحكم؛ لإمكان التوفيق بينه وبين دعوى المدعي، بأن يحمل على أن المدعي شراه بخيـار فلـم يملكه في ذلك الزمان ثم بمضي مدة الخيار ملكه، فلما احتمل هذا فلم يبطل الحكم بالشـك، فلـو كان الدفع بهذا قبل الحكم قُبِل؛ لأن القاعدة أن الشّك يدفع الحكم ولا يرفعه(٢).

ولم تختلف الدفوع الموضوعية عند أهل القانون عما هي في الشّريعة، فهي الدفوع التـي توجه لذات الحقّ المدعى به، وتكون ذات صلة مباشرة بموضوع الادعاء، كالدفع بانقضاء الحقّ بالوفاء أو الإبراء(٣).

المسألة الرابعة: وقت إثارة الدفوع

الأصل في الدفوع في الشّريعة الإسلامية عدم تحديد وقت معين لإثارتها، فكما سبق بحثه

---

(١) قراعة، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ص٥٧-٥٨

(٢) قراعة، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ص٥٧-٥٨

(٣) أبو الوفا، **نظرية الدفوع** ، ص١٧

فإن الدفع يقبل قبل الحكم وبعد الحكم بل وبعد تنفيذ الحكم[١]، إلا أن للدفوع الشّكلية في الشّـريعة الإسلامية خصوصية من حيث تعلّقها بعقد تعيين القاضي أو عدم تعلّقها به، وذلك بـأن يكـون القاضي بموجب عقد توليته مقيداً بالزمان أو المكان أو النّوع، فحيثما كان الـدفع متعلّقـاً بعقـد توليته لم يكن هناك وقت محدد لإثارته، ويمكن أن يثار في أي مرحلة من مراحل الدعوى، بـل يجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه في أي وقت وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى، لأنّه لو استمر بالسير في إجراءات الخصومة رغم مخالفته فإن قضاءه يكون باطلا، فهو مـن قبيـل الاشتغال بما ليس فيه فائدة، وإن لم يكن مقيداً في عقد توليته بذلك الاختصاص، فإن الدفع يكون مراعاة لمصلحة شخصية لأحد أطراف الدعوى، وبالتّالي يجب إثارتـه قبـل تنـازل صـاحب المصلحة عن حقّه في الدفع سواء كان التّنازل صريحاً أو ضمنياً .

ويعد من التّنازل الضمني المترتّب عليه عدم قبول الدفع المتنازل عنـه، الإجابـة عـن موضوع الدعوى قبل إثارة الدفع؛ لأن المدعى عليه بالإجابة عن موضوع الدعوى يكون قد ترك الدفع بعدم الاختصاص، إذ الأولوية له في الترتيب المنطقي، فهو رضـا ضـمني منـه علـى اختصاص المحكمة وتنازل عن حقّه، وهو تنازل مقبول لا يجوز الرجوع عنه؛ ولذلك يشـترط لقبوله إثارته في وقت محدد وهو قبل الإجابة عن موضوع الدعوى .

أما الدفع بعدم الخصومة فهو يهدف لمنع مخاصمة المدعى عليه، ولا يتعـرض لصـدق المدعي وكذبه[٢]، فيجب أن يثار قبل التّعرض لصدق المدعي وكذبه؛ أي قبـل الإجابـة عـن موضوع الدعوى.

وقت إثارة الدفع في القانون:

لم يحدد القانون وقتاً معيناً لإثارة الدفوع الموضوعية، وتجوز إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وقسم فقهاء القانون الدفوع الشّكلية بحسب تعلّقها بالنّظام العام إلى: دفوع شكلية تتعلّق بالنّظام العام كالدفع بعدم الاختصاص الوظيفي، فليس هناك وقت محدد لإثارتها، ويجـوز إثارتها في أي مرحلة من مراحل الدعوى، وتثيرها المحكمة من تلقاء نفسها. ودفوع شـكلية لا تتعلّق بالنّظام العام كالدفع بعدم الاختصاص المكاني، فيجب أن تثار قبل الإجابة على موضـوع

(١) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٢٩٢

(٢) قراعة، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ص٥٧-٥٨

الدعوى. أما الدفع بعدم القبول فبعض أهل القانون ألحقه بالدفوع الشّكلية والبعض الآخر ألحقه بالدفوع الموضوعية، ويتبعهما من حيث وقت إثارته[١].

الفرع الثالث: الإثبات

الإثبات لغة: ثبت الشيء يثبت ثبوتاً: دام واستقر فهو ثابت وبه سمي، وثبت الأمر: صح ويتعدى بالهمزة والتّضعيف، فيقال: أثبته وثبته والاسم الثبات وأثبت الكاتب الاسم كتبه عنده وأثبت فلانا لازمه فلا يكاد يفارقه[٢] .

والمقصود به إصطلاحاً: كيفية إظهار الحقّ لمستحقّه، أي أن له طرقاً مظهرة للحقّ ومنها البينة، فالبينة ما يحصل البيان بها[٣]. ويكون إظهار الحقّ أمام القاضي؛ لأنّه صاحب السلطة في إعطاء المحقّ حقّه، وفي زجر المبطل عن إبطاله .

فبعد أن تنعقد الخصومة بإنكار المدعى عليه أو سكوته القائم مقام إنكاره[٤]، سواء في الدعوى الأصلية أم في الدفع فإن على المدعي إقامة البينة على ما أنكره المدعى عليه من دعواه، وللقاضي أن يطلب من المدعي البينة بقوله له: ألك بينة؟ وذلك لقوله ﷺ: { لو يعطى النّاس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم , لكن البينة على المدعي }[٥]. وفي رواية: {البينة على المدعي , واليمين على من أنكر }[٦].

وفي جعله -عليه الصلاة والسلام- البينة حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه حكمة معقولة؛ لأن المدعي يدعي أمراً خفياً فيحتاج إلى إظهاره وللبينة قوة الإظهار؛ لأنّها كلام من ليس بخصم فجعِلت حجة المدعي، واليمين وإن كانت مؤكّدة بذكر اسم الله -عز وجل- لكنّها كلام الخصم فلا تصلح حجة مظهرة للحقّ وتصلح حجة المدعى عليه؛ لأنّه متمسك بالظّاهر وهو ظاهر اليد فحاجته إلى استمرار حكم الظّاهر. واليمين وإن كانت كلام الخصم فهي كافية

---

(١) أبو الوفا، **نظرية الدفوع** ، ص١٩

(٢) الفيومي، **المصباح المنير**، ص٨١

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٩٨

(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٩٨

(٥) البخاري، **صحيح البخاري**، ج١٢، ص١٥٥ ، مسلم، **صحيح مسلم**، ج٥، ص١٢٠

(٦) الترمذي، **سنن الترمذي**، ج٤، ص١١٨ ، قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح ،قال الشيخ الألباني:صحيح.

للاستمرار، فكان جعل البينة حجة المدعي وجعل اليمين حجة المدعى عليه وضع الشيء في موضعه وهو حد الحكمة[(١)].

كما أن على القاضي إمهال الخصوم عند طلبهم منه ذلك لإقامة البينات بقدر ما يتمكّن من إقامة الحجة، فيمهل المدعي ليأت بالبينة، ويمهل المدعى عليه الدافع لدعوى المدعي، لإحضار بينته فإنّه مأمور بالتسوية بينهما، ولكن يشترط في الإمهال أن لا يضر بالخصم، فيتوسط في هذا الأمر[(٢)] .

والحديث عن البينات طويل، وإن نوعاً واحداً من أنواع البينات أُلفت به رسائل جامعية وكتب. وإن ما يتعلّق بالإجراءات الشّكلية بالنّسبة للبينات في سير الخصومة: هل القاضي مقيد بوسائل محددة في الإثبات، يجب عليه اتّباعها وتسيير الخصومة وفقها، أم أنّه ليس مقيد وأن له أن يسير الخصومة وفق ما يراه من طرق الإثبات ؟

المسألة الأولى: تقييد القاضي بالوسائل الشّرعية للإثبات

حددت الشّريعة الإسلامية وسائل الإثبات، ورسمت للقاضي خط سيره في الخصومة ، وحددت له طرق الحكم وموجباته وإجراءات سير الدعوى.

وليس هذا موطن بحث هذه الوسائل التي حددتها الشّريعة الإسلامية، فهي متعددة ومنها ما هو متّفق عليه كالبينة الشّخصية والإقرار واليمين والقسامة، ومنها ما هو مختلف فيه كالكتابة والقرائن والقيافة[(٣)]. ولكن ما أريده في هذا المبحث هو التأكيد على أن القاضي مقيد بهذه الوسائل المحددة شرعاً، وبتقييد الشّريعة له بهذه الوسائل تكون قد قعدت وأكدت مبدأ حياد القاضي، فيتوجب عليه الحكم بما حصل عنده من هذه الطرق، وجوباً[(٤)]، وليس له عدم الحكم وفقها.

---

(١) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٦، ص٢٦

(٢) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣ ، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٦٣

(٣) الزحيلي، محمد، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية**، ط٢، البيان، دمشق، ١٤١٤هـ، ج٢، ص٦٢١

(٤) الشافعي، **الأم**، ج٦، ص٢٣٢ ، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٧٦ ، الزحيلي، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية**، ٢ج/، ص٢٢

فحددت الشّريعة كيفية إثبات الحقوق بوسائل الإثبات، وما يثبت بالشّهادة منها وما يثبت باليمين أو بالإقرار وغيرها من الوسائل، وتوسعت الشّريعة الإسلامية في وسيلة الشّهادة من طرق الإثبات، فجميع الحقوق، يمكن أن تثبت بالشّهادة، كما حددت نصاب الشّهادة من حيث العدد والذكورة، فمن الحقوق ما يثبت بشهادة أربعة، ومنها ما يثبت بشهادة اثنين، وبعضها ما ما يثبت بشهادة ثلاثة كالفاقة، أو بشهادة واحد كهلال رمضان، كما أن منها ما يثبت بشهادة رجل وامرأتين، وبعضها يثبت بشهادة النّساء منفردات، على تفصيلات في المذاهب الفقهية .

تقييد القاضي بوسائل إثبات محددة في القانون

يوجد عند أهل القانون ثلاثة مذاهب في مسألة تحديد وسائل الإثبات، وتقييد القاضي بها وهي : -

أولا - المذهب المطلق، وللقاضي فيه حرية واسعة في إدارة الدعوى وتوجيهها والسير فيها وإمكان تحري الحقيقة بالطّرق والوسائل كافّة دون أن يكون مقيداً باتّباع مسلك أو طريق معين، حيث يحظى القاضي والمتخاصمون بحرية تامة في الدعوى. والقاضي يستطيع أن يقوم بدور إيجابي في تحري الحقيقة بجميع الطّرق التي يراها مؤدية إلى ذلك، فالأمر برمته متوقّف على قناعة القاضي واقتناعه(١) .

ثانيا - المذهب المقيد، وهو عكس المطلق ، ففيه تحدد وسائل الإثبات الجائزة ، وتحدد قوة كل دليل، وتحديد من يقع عليه عبء الإثبات، واقتصار دور القاضي على تسيير الدعوى والحكم بناء على ذلك .

ثالثا- المذهب المختلط، وفيه تحدد الوسائل وقوتها ومن يقع عليه عبء الإثبات، ولكن يعطى للقاضي دور أكثر فاعلية من دوره في المذهب المقيد، من حيث إدارة الدعوى وتسييرها وتوجيهها، وكذلك في تقديره للأدلّة المطروحة عليه، وهذه الفاعلية أو الحرية تختلف من قانون لآخر، حسب تحديد القانون بذلك(٢).

---

(١) يوسف، **دور القاضي في الإثبات**، ص١٥

(٢) يوسف، **دور القاضي في الإثبات** ، ص١٧-١٩

وقد ذكر الأستاذ محمد الزحيلي في كتابه وسائل الإثبات ما يشير إلى أن القوانين الوضعية أخذت بالمذهب المطلق، فقد أعطت الحقّ للقاضي أن يحكم بقناعته الشّخصية فيما حصل له من وسائل إثبات، فالشّهادة مثلاً في القانون رغم اعتباره لها وسيلة من وسائل الإثبات في بعض الحالات المحددة، إلا أنّه جعل للقاضي الحرية في استساغة قبولها ابتداء ، فهي ليست دليلاً ملزماً له. وله مطلق الحرية في تكوين قناعته في الشّهادة، كما له مطلق الحرية في قبول الشّهادة بعد أدائها واستيفاء شروطها أو رفضها وعدم الاعتماد عليها، وكذلك له حرية التّصرف في قبول بعض الشّهادات دون بعض وفي ترجيح شهادة على أخرى دون التزام بمعيار معين أو قاعدة خاصة(١).

كما أن القوانين الوضعية وخصوصا في الشق الجزائي لم توزع عبء الإثبات فتسمع عندهم بينات المدعي وبينات المدعى عليه بما يعرف بالبينة والبينة المعاكسة، ثم يقوم القاضي بوزن هذه البينات .

الفرع الرابع: نظام المحلّفين

وقد عرفت نظم التّقاضي الوضعية أنظمة معينة في إثبات الدعاوى سواء المدنية أم الجنائية، إلا أنّها برزت في الجنائية أكثر، ومن هذه النّظم: نظام المحلّفين، وهو من الأنظمة التي اشتهرت في القانون الإنجليزي وبالدول الغربية التي تأثّرت به وخاصة القانون الأمريكي(٢) ، وهو نظام قائم على أساس الفصل بين مرحلة تقرير الوقائع المدعى بها والتحقّق من ثبوتها أو نفيها في الخصومة بنوعيها الجنائية والمدنية، ومرحلة إسقاط حكم الشّرع أو القانون على هذه الوقائع . فنظام المحلّفين يقوم على أساس الفصل بين الواقع والقانون(٣)، فيعطي الشّقّ الأول وهو تقرير الوقائع إلى مجموعة من الأشخاص العاديين يتم اختيارهم بطريقة ما، وغالبا بالقرعة ويكون عددهم عادة اثني عشر محلّفاً؛ ليقوموا بتحقيق الواقعة والحكم على ثبوتها أو نفيها ويكون ذلك ضمن سير الخصومة وتحت توجيه القاضي، ولذلك فإنه يطلق على المحلّفين لقب قضاة الواقع(٤).

---

(١) الزحيلي، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية**، ج١، ص١٤٠

(٢) عمر، محمد عبد الخالق، **النظام القضائي المدني**، ص٧٩ ، والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٤٤٤

(٣) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٤٤٦

(٤) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٤٤٤ ، عمر، **النّظام القضائي المدني**، ص٧٨

وفي بداية الأمر كان المحلّفون يصلون إلى قراراتهم بثبوت الوقائع عن طريق قناعـاتهم ومعرفتهم الخاصة، ولكن بعد ذلك حظر عليهم ذلك وأصبح يتوجب عليهم التقيد بالأدلة المقدمـة في المحاكمة[1].

وليس للمحلّفين التدخّل في الأمور القانونية إلا أن مسألة فصل القانون عن الواقـع يبـدو أمراً صعباً في المسائل المدنية؛ ولهذا فإن تقدير الوقائع تمهيد لتطبيق القانون عليها لا يمكـن أن يحدث بغير معرفة في القانون[2]؛ لذلك فيتوجب على القاضي بيان الأمور القانونية لهم لمعرفـة ما سيترتّب على قرارهم من ثبوت الواقعة أو نفيها من نتائج قانونية[3].

وكان يتوجب إجماع المحلّفين ولا تؤخذ آراؤهم بالأغلبية، مما أدى إلى ظهـور وانتشـار الجرائم لصعوبة الإجماع وعدم ثبوت الجرائم، وبالتّالي إفلات عدد كبير من المجـرمين، ممـا اضطر إلى تعديل القانون[4] .

وينسب إلى نظام المحلّفين عدة مزايا من الناحيتين القانونية والسياسـية، فمـن الناحيـة القانونية، تسهيل العمل على القضاة، إذ ينظر المحلّفون في وقائع القضية المتعددة بينما يتفـرغ القضاة للنّواحي القانونية، وبأنّه يضفي طابع الرحمة على أحكام القضاء، إذ القضـاة يطبقـون القانون بشكل آلي، بينما المحلّفون بحكم تكوينهم فلا يتقيدون بالقواعد الجامدة للقانون، وإن العدد الكبير للمحلّفين يجعل من الصعب التأثير عليهم بالتّهديد أو الرشوة، ثم إن اشتراك المحلّفين وهم من الشّعب، يؤدي إلى تقبل الأحكام من المحكومين مما يزيد من سلطان القانون[5].

أما من مزاياه من النّاحية السياسية، فيقال: إن نظام المحلّفين مدرسة لتعليم الشّعب حكـم نفسه، وبذلك يزداد المواطنون فهماً لحقوقهم وحرياتهم وحرصاً عليه، وفيه يتعلّم النّـاس حـب العدالة[6] .

ويؤخذ على هذا النّظام أنّه باهظ التكاليف، وتستغرق الخصومة بواسطته وقتـاً أطـول، وعزي إليه ظاهرة تفشّي الجرائم، علما أن هذه الآثار السلبية تطغى كثيرا على ما يـدعو إلـى

---

(١) عمر، **النّظام القضائي المدني**، ص٧٨
(٢) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٤٤٦
(٣) عمر، **النّظام القضائي المدني** ، ص٧٨
(٤) عمر، **النّظام القضائي المدني** ، ص٧٩
(٥) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٤٤٤-٤٤٥
(٦) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٤٤٤-٤٤٥

التّمسك به باعتباره ضمانة من ضمانات الحرية الفردية لوضعها في أيدي أفراد الشّعب العاديين سلطة الفصل في القضايا[١].

(١) عمر، **النّظام القضائي المدني** ، ص٧٩

المطلب الثالث

انتهـاء الخصـومة

وهي المرحلة النهائية من مراحل الخصومة وثمرتها، فبعد خوض أطراف الخصومة لمـا سبق بيانه من إجراءات، تكون هذه الإجراءات قد سارت بالاتّجاه الذي يوصـل القاضـي إلـى مرحلة تكون فيها الخصومة قد تهيأت للفصل، ويكون قد ثبت عند القاضي الوقائع المدعى بهـا إما إيجاباً أو سلباً، وفي هذه اللحظة يكون قد استقر في ذهنه حكم الواقعة أو الوقائع المدعى بها، ومن توجه عليه القضاء من الخصوم .

ويمكن القول إن هذه المرحلة هي مرحلة إسقاط حكم الشّرع أو القانون على الواقعة التـي ثبتت لدى القاضي من خلال المرحلة السابقة مرحلة انعقاد الخصومة، ويكون إسقاط الحكم على الواقعة بإجراء يطلق عليه اسم الحكم القضائي .

فإذا ثبت الحقّ المدعى به بالوسائل الشّرعية وتوفّرت شروطه وانتفت موانعه، فيجب على القاضي القضاء به للمدعي، ولا يجوز له عدم القضاء وفقه بل وحتى تأخيره[1].

والقول بعدم جواز تأخير القاضي للحكم لا يعني أن يستعجل في القضاء، بل يجب عليـه عدم التأخير إذا ثبت عنده الحقّ، ولا يحكم قبل الثبوت أبداً ولو أخّر الحكم أمداً، عن أبي بكر أن أبا موسى الأشعري قال : لا ينبغي لقاضٍ أن يقضي حتى يتبين له الحقّ كما يتبين الليـل مـن النّهار , قال : فبلغ ذلك عمر فقال : صدق أبو موسى[2]. بل ويحرم الحكم ولا يصح مع ضد ما يعلمه القاضي, أو مع لبس قبل البيان، بل يتوقّف، ويأمر بالصلح ; لقوله تعالى: { **إِنـا أَنْزَلْنَـا إِلَيكَ الْكِتَاب بِالْحق لِتَحكُم بين الناس بِما أَراك الله ولا تَكُن لِلْخَائِنِين خَصِيما** }[3] ومـع علمـه بضده أو اللبس لم يره شيئا يحكم به[4].

---

(١) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١١٠،

(٢) ابن أبي شيبة، عبد الله بن أبي شيبة الكوفي، (ت:٢٣٥هـ). **مصنف ابن أبي شيبه**، ط١، تحقيق: كمال يوسف الحوت ، مكتبة الرشيد، الرياض، ١٤٠٩هـ، ج٥، ص٣٥٥

(٣) سورة النساء، الآية ١٠٥

(٤) الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ج٦، ص٥٠٩

الفرع الأول: الانتهاء الطبيعي للخصومة (الحكم القضائي)

الحكم ثمرة الخصومة وهدفها، فجميع إجراءات الخصومة تسير في اتّجاه الوصول للحكم، ولذلك فإن فقهاء المسلمين كثيراً ما يطلقون على الحكم مصطلح القضاء، ومنهم من قال: "الحكم قسمان : إثبات, وإلزام . فالإثبات: يعتمد الصدق . والإلزام : يعتمد العدل"[١]. والمقصود بقسم الإثبات مرحلة الإثبات، والتي يتوصل القاضي خلالها لمعرفة صدق المدعي فيما ادعى به، والمقصود بالإلزام، مرحلة إسقاط حكم الشّرع على ما ثبت من ادعاء، وإلزام المدعى عليه بذلك.

المسألة الأولى: مقدمات وآداب الحكم

فإذا ثبتت الواقعة المدعى بها لدى القاضي بوسائل الإثبات المقررة شرعاً دون لبس وارتياب، فهل يقضي القاضي ويصدر حكمه دون طلب الخصم، أم يشترط طلب الخصم؟ اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يشترط طلب المدعي، وذهب إليه: الحنفية[٢]والشّافعية في الأصح[٣] , وفي رواية عند الحنابلة[٤] ؛ لأن مقتضى الحال يدلّ على إرادته ذلك، وأنّه أدب غير لازم[٥]، وإن كثيراً من النّاس يجهلون ذلك [٦].

القول الثاني: لا يجوز للقاضي إصدار الحكم إلا بطلب المدعي، وذهب إليه الحنابلة فيما عليه المذهب[٧] ورواية عند الشافعية[٨] والإمامية[٩] والأباضية[١]؛ لأن الحكم على المدعى عليه حقّ للمدعي , فلا يستوفيه القاضي إلا بطلبه.

---

(١) ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٩٦

(٢) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٣) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية ، ج٦، ص٢٩١

(٤) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٢٥

(٥) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٦) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٢٥

(٧) المرداوي، **الإنصاف**، ج١١، ص٢٤٢

(٨) الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ج١٠، ص١٥٧

(٩) المحقق الحلي، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، ج٤، ص٧٥

كما ويسن للقاضي إذا أراد الحكم أن يعلم الخصم بأن الحكم موجه عليه[٢]، لأنّـه أطيـب للقلب[٣]، وذكر بعض الفقهاء أن على القاضي إذا أراد الحكم أن يقول للخصمين أحكم بينكمـا، وذهب البعض إلى أنّه أدب غير لازم[٤].

ومن آداب الحكم كذلك سؤال القاضي لمن توجه الحكم عليه إن بقيت لديه حجة، أو سؤاله عن أقواله الأخيرة، يقول ابن فرحون: "ولا يحكم القاضي على أحد إلا بعد أن يسأله أبقيت لـك حجة ؟ فيقول: لا"[٥].

المسألة الثانية: تعريف الحكم

الحكم لغة: الحكم: القضاء، وأصله المنع يقال: حكمت عليه بكذا، إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك، وحكمت بين القوم: فَصلت بينهم، فأنا حاكم وحكم بفتحتين والجمـع حكّام ويجوز بالواو والنّون[٦] .

والحكم اصطلاحاً: ذهب معظم الفقهاء إلى تعريف الحكم بأنّه: فصل الخصـومة[٧]. وقـد عرفه السبكي بأنّه: "ما يصدر من متولٍ عموماً وخصوصاً راجعاً إلى عام من الإلزامات السابقة له في القضاء على وجه مخصوص[٨].

ومن أجمع التّعريفات وأمنعها للحكم القضائي هو ما عرفه به الدكتور عبد النّاصـر أبـو البصل؛ وذلك لجمعه جلّ التّعريفات المأثورة وتلافيه أخطاءها فعرفه : "هو مـا يصـدر عـن

---

(١) أطفيش، محمد بن يوسف بن عيسى، (ت١٣٣٢،). **شرح النيل وشفاء العليـل**، ط٣، دار الرشـاد، جـدة، ١٩٧٢، ج١٦، ص٥٦٥

(٢) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية ، ج٦، ص٢٩٣

(٣) قليوبي وعميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج**، ج٤،ص٣٠٥

(٤) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٥) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١، ص٩٧

(٦) الفيومي، **المصباح المنير**، ص١٤٦ باب حكم

(٧) البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ج٦، ص٣٣١

(٨) ابن حجر، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر الهيتمي ، الفتاوى الفقهية الكبرى (فتاوى ابـن حجـر)، المكتبة الإسلامية، ج٢، ص١٩٩

القاضي ومن في حكمه، فاصلاً الخصومة، متضمناً إلزام المحكوم عليه بفعل، أو الامتناع عن فعل، أو إيقاع عقوبة على مستحقّها أو تقرير معنى في محلّ قابل له"[١].

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن ماهية الحكم أنّه أمر نفساني، وهو ما تكّون لدى القاضي من قناعة بحكم المسألة في نفسه، وليس بما يصدر بلسانه، يقول ابن فرحون: "ومما يدلّ على أن الحكم القضائي أمر قائم بالنّفس لا باللسان , أنّه قد يقترن إنشاء الحكم بما يدلّ عليه فيوافق إنشاء الحكم وقت الإشهاد عليه , وقد يفترقان سنين كثيرة بأن يحكم في شيء ولا يشهد بـالحكم على نفسه في ذلك إلا بعد مدة طويلة , فتبين أن الحكم القضائي في نفسه قـائم بذاتـه مـن كلامـه النّفساني لا اللساني[٢] .

تعريف الحكم في القانون:

عرف أهل القانون الحكم بأنّه: القرار الذي تصدره المحكمة في خصومة بالشّكل الذي يحدده القانون للأحكام سواء في نهايتها أو أثناء سيرها وسواء كـان صـادراً فـي موضـوع الخصومة أو في مسألة إجرائية[٣].

ويرى البعض أن كل قرار يصدر من القاضي يعد حكماً، فيعرفون الحكـم بأنّـه: قـرار يصدر من محكمة مشكلة طبقاً للقانون في منازعة مطروحة عليها طبقاً لقانون المرافعات[٤].

إلا أن البعض الآخر لا يرى أن القرارات تُعد من الأحكام، فيعرفون الحكم بأنّه: النّهايـة الطبيعية للخصومة القضائية، وبجانب ذلك يقوم القاضي باتّخاذ قرارات لا تفصل في خصـومة من الخصومات، ولا تحسم نزاعاً بالرغم من أن لها شكلاً قضائياً، فالقاضي بالنّسبة لهذه الأعمال ليس سلطة قضائية، وإنّما سلطة إدارية أو ولائية، فلا يعد القرار حكماً بالمعنى المشـار إليـه، وإنّما قرار قضائي إداري أو ولائي[٥].

---

(١) أبو البصل، عبد الناصر موسى، (٢٠٠٠). **نظرية الحكم القضـائي فـي الشـريعة والقـانون**، ط١، دار النفائس، عمان، ص٥٢

(٢) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ص١٣٦

(٣) راغب ، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٣٦٣ ، راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٤٦

(٤) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٣٥

(٥) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٢٨

المسألة الثالثة: صيغة الحكم

اتّفق الفقهاء في الجملة على اشتراط أن يكون الحكم بصـيغة الإلـزام، مثـل ألزمـت، وحكمت، وقضيت، ونفذّت، وفسخت، وأبطلت، ونقلت الملك ونحوها. ثم اختلفوا فـي اشـتراط صيغة معينة تدلّ على الإلزام، أو أن كل صيغة تدلّ على الإلزام مقبولة، على قولين:

القول الأول: لا توجد ألفاظ مخصوصة وصيغ معينة للحكم بل كل ما دلّ على الإلزام فهو حكم , وذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والحنابلة[٣] والإمامية[٤].

القول الثاني: يجب أن يكون الحكم بألفاظ مخصوصة دالّة على الإلزام وهـي: حكمـت، وقضيت، أو ألزمت، أو أنفذت الحكم، وذهب إليـه الشّـافعية[٥]، وشـمس الإسـلام محمـود الأوزجندي من الحنفية[٦] والإمامية[٧].

ثم اختلف الفقهاء في الثّبوت، مثل قول القاضي ثبت عندي، أو ظهـر عنـدي، أوصـح عندي ونحوها، هل هي من صيغ الإلزام أم ليست من صيغ الإلزام على قولين:

---

(١) الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٥٢

(٢) الصاوي، **بلغة السالك لأقرب المسالك (حاشية الصاوي على الشـرح الصـغير)**، ج٤، ص٢٢٨ ، ابـن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١، ص١١٨

(٣) البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ج٦، ص٣٢٤

(٤) المحقق الحلي، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، ج٤، ص٧٥

(٥) قليوبي وعميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج** ، ج٤،ص٣٠٥

(٦) نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ج٦ ، ص٣٣٣

(٧) المحقق الحلي، **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، ج٤، ص٧٥

القول الأول: أن صيغ الثبوت لا تدلّ على الإلزام، وذهب إليه: الشّافعية في المرجوح[١] والحنابلة[٢] وبعض الحنفية[٣] وفي الأصح عند المالكية وهو قول المازري[٤].

القول الثاني: أن صيغ الثّبوت تدلّ على الإلزام، وذهب إليه: الحنفية في الصحيح وبما عليه الفتوى[٥]، والمالكية في قول حقّقه ابن رشد[٦]، والشّافعية في الصحيح[٧].

المسألة الرابعة: تسجيل الحكم

ذكر الفقهاء بأنّه يستحب للقاضي إعداد الحكم على نسختين بما وقع بين الخصمين وإن لم يطلبا ذلك، وأن إحدى هاتين النّسختين تعطى للمحكوم له غير مختومة لينظر فيها ويعرضها على الشّهود لئلا ينسوا, والنّسخة الأخرى تحفظ في ديوان الحكم مختومة مكتوباً على رأسها اسم الخصمين ويضعها في حرز له; لأنّه طريق للتذكّر, وإنّما تعددت; لأنّها لو كانت واحدة ودفعها للمحكوم عليه لم يؤمن ضياعها وما يجتمع عند الحاكم يضم بعضه إلى بعض ويكتب عليه محاضر كذا في شهر كذا من سنة كذا , وإذا احتاج إليه تولّى أخذه بنفسه ونظر أولاً إلى ختمه وعلامته[٨] .

---

(١) الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ج١٠ ، ص١٤٤، قليوبي وعميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج**، ج٤،ص٣٠٥

(٢) البهوتي، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، ج٦، ص٣٢٤

(٣) الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٥٠

(٤) الرصاع، أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري, (ت:٨٩٤هـ). **الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)**، المكتبة العلمية، ص٤٣٨ ، ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١، ص١٣١

(٥) ،ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٣٥٣ ، الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٥٠، نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ج٦ ، ص٣٣٣ ، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم، (ت:١٢٥٢هـ). **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية** ، دار المعرفة، ج١، ص٣٠٣

(٦) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١، ص١٣١، الرصاع، **شرح حدود ابن عرفه**، ص٤٣٨

(٧) الهيتسمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ج١٠ ، ص١٤٤

(٨) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية ، ج٦، ص٢٩٤، قليوبي وعميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج**، ج٤،ص٣٠٥

أما إن كان الحكم لصبي أو مجنون أو غائب سواء لهم أو عليهم، فيجب علـى القاضـي تسجيل الحكم[١].

تسجيل الحكم في القانون

يتطلّب القانون بعد إصدار الحكم كتابة أصل للحكم يسمى نسخة الحكم الأصلية[٢]، فالكتابة شكل لازم لصحة الحكم، وورقة الحكم سند رسمي له ما للسندات الرسمية من قوة في الإثبـات، أي أنّها حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته ما لم يتبين تزويرها[٣].

ويشتمل الحكم على بيانات الحكم كاملة، ويوقّع عليه رئـيس هيئـة المحكمـة وكاتبـه، ويوجب القانون تحرير هذه الورقة وحفظها في الملف خلال سبعة أيام من صدور الحكـم، وإلا كان المتسبب في التّأخير ملزماً بالتّعويض، ويجوز إعطاء صورة بسيطة من هذا الأصل لمـن يطلبها ولو لم يكن له شأن في الدعوى متى دفع الرسم المستحقّ، وإنّما تعطى الصورة التنفيذيـة للحكم فقط للخصم المحكوم له بشيء يقتضي تنفيذه وذلك للتّنفيذ القضائي بمقتضاها، ويجـب أن تتوافر في نسخة الحكم الأصلية البيانات التّالية[٤]:

١. الديباجة: وهي صدور الحكم باسم الشّعب، وبيان المحكمة التي أصـدرت الحكـم وتـاريخ إصداره ومكانه، وما إذا كان صادراً في مادة تجارية أو مسألة مستعجلة وأسماء القضاة.
٢. وقائع الخصومة، وتشتمل على اسم عضو النّيابة الذي أبدى رأيه في القضية إن كانت النّيابة قد تدخّلت.
٣. تسبيب الحكم: بذكر الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة .
٤. منطوق الحكم: ويشتمل على ما قضت به المحكمة في الطلبات المطروحة أمامها.

المسألة الخامسة: أنواع الحكم

---

(١) قليوبي وعميرة، **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي على المنهاج**، ج٤،ص٣٠٥

(٢) راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٣٧٥

(٣) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١،ص٢٧٧

(٤) راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٣٧٥

تعدد الحكم لأنواع عديدة بالنّظر له من عدة جهات، فبالنّظر لذات الحكم ينقسم إلى الحكـم بالصحة والحكم بالموجب، وبالنّظر إلى المحكوم به ينقسم للحكم القصـدي والحكـم الضـمني، وبالنّظر إلى المحكوم له ينقسم إلى حكم استحقاق(إلزام) وحكم ترك(منع)، وبالنّظر إلى القاضـي ينقسم إلى حكم قولي وحكم فعلي .

أولا: الحكم بالصحة والحكم بالموجب

فالحكم بالصحة عبارة عن إظهار المتولّي قضاؤه بنحو حكمت في أمر ثبت عند وجـوده بشرائطه الممكن ثبوتها أن ذلك الأمر صدر من أهله في محلّه على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً [١].

وينصب الحكم بالصحة على جميع أنواع العقود والتّصرفات، فمن العقـود عقـد النّكـاح والبيع والإجارة والقرض والرهن والمساقاة والوقف والوكالة . ومن التّصرفات: الإبراء والقسمة والشّفعة والعارية والحوالة .

والحكم بصحة هذه العقود والتّصرفات، يدلّ على توفّر جميع هذه الشّروط، فالصحة هـي الحكم الجامع لجميع الآثار[٢]. ويقول البهوتي لا يحكم بالصحة إلا باجتماع الشّروط[٣].

فإن كان الحكم بالصحة بعد التّحقق من جميع الشّروط فلا إشكالية في ذلك، ولكن تحصـل الإشكالية في الحكم بالصحة مع تخلّف شرط من الشّروط، فحكم القاضي بشيء حكم بلازمه، فلو حكم بصحة بيع عبد أعتقه من أحاط الدين بماله كان حكماً بإبطال العتق السابق؛ لأنّه يلزم مـن صحة البيع بطلان العتق[٤] ، والحكم بالصحة يستلزم ثبوت الملك والحيازة قطعاً؛ لأن الصـحة فرع ذلك [٥] .

وأما الحكم بالموجب فهو عبارة عن الأثر المترتّب على ذلك الشيء[٦]، فالحكم بالموجـب

---

(١) ابن حجر، **الفتاوى الفقهية الكبرى**، ج٢، ص١٩٩

(٢) ابن حجر، **الفتاوى الفقهية الكبرى**، ج٢، ص٢٠٥

(٣) البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج ٦، ص٣٢٤

(٤) البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج ٦، ص٣٢٣

(٥) البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج ٦، ص٣٢٤

(٦) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص١٠

هو إظهار المتولّي قضاءه بأمر ثبت عنده أو بالإلزام بما يترتّب على ذلك الأمر منه على الوجه المعتبر عنده في ذلك شرعاً[(١)].

وقال السبكي الحكم بالموجب هو الأثر الذي يوجبه اللّفظ، والحكم بالصحة كون اللّفـظ ، بحيث يترتّب عليه الأثر وهما مختلفان فلا يحكم بالصحة إلا باجتماع الشّروط[(٢)] .

الموجب والمقتضى مختلفان، إذ المقتضى لا ينفك والموجب قد ينفك، فالأول: كانتقـال الملك للمشتري بعد لزوم البيع، والثاني: كالرد بالعيب والموجب أعم؛ أي لأنّه الأثر اللازم سواء كان ينفك أو لا[(٣)].

وذهب البعض إلى أن الحكم بالموجب يقتضي الحكم بالصحة [(٤)] ،إلا أن البعض لا يـرى أن الحكم بالموجب هو حكم بالصحة ، إلا إذا توافرت شروط الصحة، جاء في البحـر الرائـق: وأما الحكم بالموجب فمعناه الحكم بموجب الدعوى الثابتة بالبينة أو غيرهـا. هـذا هـو معنـى الموجب ولا معنى له غيره، فينظر في الدعوى فإن كانت مشتملة على ما يقتضي صحة العقـد المدعى به كان الحكم بموجبها حكماً بالصحة، وإن لم تشتمل على مـا يقتضـي صـحة العقـد المدعى به لم يكن الحكم حكماً بصحة العقد، والحكم بالموجب حكم على العاقد بما ثبت عليه من العقد لا حكم بالعقد [(٥)].

والصواب تضمن الحكم بالموجب الحكم بالصحة وإلا لما ترتّبت الآثار، فالصـحة هـي الحكم الجامع لجميع الآثار، وحينئذٍ ظهر استواء الحكم بالصحة والحكم بالموجب؛ لأنّه لا يحكـم إلا بموجب ما صح دون ما فسد، ولا يصح الشيء وتتخلّف آثاره عنه فإذا حكم بالصحة فقد حكم بترتّب آثاره عليه[(٦)] .

وإن الحكم بالموجب يتضمن الحكم بالصحة; لأنّه لولا صحة العقد ما ترتبت عليـه تلـك الآثار، إذ لا يصح الشيء مع تخلّف آثاره عنه، وكذا الحكم بالصحة يتضمن الحكم بالموجب فإذا

---

(١) ابن حجر، **الفتاوى الفقهية الكبرى**، ج٢، ص٢٠٠
(٢) البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج ٦، ص٣٢٤
(٣) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص١٠
(٤) البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج ٦، ص٣٢٤
(٥) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص١٠
(٦) ابن حجر، **الفتاوى الفقهية الكبرى**، ج٢، ص٢٠٥

حكم بصحة الشيء فقد حكم بترتّب آثاره عليه[١].

من حيث القوة

اختلاف الفقهاء في الحكم بالصحة وبالموجب أيهما أقوى، فإن الحكم بالموجب إذا كان مستوفياً لما يعد من الشّرط في الحكم بالصحة كان أقوى وأعم؛ لوجود الإلزامية فيه وتضمنه للحكم بالصحة، كما إذا شهد الشّهود أن هذا وقف وذكروا المصرف على وجه معين وكان مستوفياً لشروطه عنده فحكم بموجب شهادتهم كان الحكم متضمنا للحكم بالصحة. قال السبكي: لكنّه دونه في الرتبة ونظر فيه بعضهم، وقال السبكي تقي الدين وتبعه الشّيخ تقي الدين ابن قندس: الحكم بالموجب يستدعي صحة الصيغة وأهلية التّصرف ويزيد الحكم بالصحة كون تصرفه في محلّه[٢] .

ورجح البعض أن الحكم بالموجب أقوى؛ لأن الحكم بالموجب وارد على الآثار نصاً ومنها الصحة، بخلاف الحكم بالصحة فإنّه يتناول الآثار ضمناً لا صريحاً فيكون الحكم بالموجب أعلى لتناوله جميع الآثار[٣].

وذكر البلقيني عدة فروق بين الحكم بالصحة والحكم بالموجب هي :

الأول : أن الحكم بالصحة منصب إلى إنفاذ ذلك الصادر من بيع ووقف ونحوهما، والحكم بالموجب منصب إلى أثر ذلك الصادر .

الثاني : أن الحكم بالصحة لا يختص بأحد، والحكم بالموجب يختص بالمحكوم عليه بذلك.

الثالث : أن الحكم بالصحة يقتضي استيفاء الشّروط، والحكم بالموجب لا يقتضي استيفاء الشّروط، وإنّما مقتضاه صدور ذلك الحكم[٤] ,

---

(١) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص١٠

(٢) البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج ٦، ص٣٢٤

(٣) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص١٠

(٤) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت:٩١١هـ). **الأشباه والنظائر**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ ، ص٥٣٠

وقد ذهب بعض الشّافعية إلى التّوسع في الموجب وذكر أن الحكم أنواع ستّة : الحكم بصحة البيع مثلاً , والحكم بموجبه , والحكم بموجب ما ثبت عنده , والحكم بموجب ما قامت به البينة عنده , والحكم بموجب ما أشهد به على نفسه , والحكم بثبوت ما شهدت به البينة , وأدنى هذه الأنواع هذا السادس , وهو الحكم بثبوت ما شهدت به البينة ; لأنّه لا يزيد على أن يكون حكماً بتعديل البينة , وفائدته عدم احتياج حاكم آخر إلى النّظر فيها وجواز النّقل في البلد , وأعلاها الحكم بالصحة أو الموجب[1].

ثانيا: الحكم القصدي والحكم الضمني

فالحكم القصدي هو الذي يقصده القاضي مباشرة ويكون منصباً على دعوى المدعي، وما احتوته من وقائع، كالحكم بالنّسب ضمن دعوى النّسب .

أما الحكم الضمني، فهو ناتج عما تم بحثه من مسألة الحكم بالصحة والحكم بالموجب، ويكون الحكم بأمر أو بواقعة ليس مدعى بها، كالحكم بثبوت النسب ضمن دعوى الإرث، أو الحكم بالنّفقة للأولاد، فإنّها تتضمن الحكم بالنّسب، ومن أمثلة الحكم بالصحة وما تتضمنه من الحكم بالموجب، الحكم بصحة بيع عبد أعتقه من أحاط الدين بماله كان حكماً بإبطال العتق السابق؛ لأنّه يلزم من صحة البيع بطلان العتق[2]، ومن أمثلة الحكم بالموجب وما تتضمنه من الحكم بالصحة، الحكم على الزوجة بالطّاعة، فهو يتضمن الحكم بصحة عقد النّكاح؛ لأن طاعة الزوج أثر من آثار عقد النّكاح، والحكم بالموجب يتضمن الحكم بالصحة .

ثالثا: الحكم بالاستحقاق والحكم بالتّرك

الحكم بالاستحقاق يكون للمدعي بعد ثبوت ما ادعاه من حقّ, ويكون بإلزام المدعى عليه بالخروج من هذا الحقّ .

الحكم بالتّرك: يكون للمدعى عليه بعد عجز المدعي عن الإثبات، ويكون بمنع المدعي من معارضته فيما ادعاه من حقّ.

---

(١) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية ، ج٦، ص٢٩٢

(٢) البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج ٦، ص٣٢٣

رابعا: الحكم القولي والحكم الفعلي

كما سبق تبين أن قضاء القاضي يكون بعبارته التي تتضمن الإلزام في قضاء الاستحقاق، والمنع في قضاء التّرك، وتبين لنا صيغ الإلزام من غيرها .

إلا أنّه قد يكون قضاء القاضي بتصرف أو فعل يصدر عنه، كتولّيه العقد على صـغيرة لا ولي لها، فإن تصرف القاضي بمجرده لا يكون حكماً؛ لأنّه الإلزام بشيء وقع، والعقـد إلـى الآن لم يقع، بخلاف تصرفه في قضية رفعت إليه وطلب منه فصلها، فإنّه حكـم بصـحة ذلـك التّصرف لتضمنه الإخبار عن شيء سبق وهو استيفاء تلك القضية لشروطها، وهنا عليه قرينـة وهي رفع القضية إليه وطلب فصلها منه [1].

مسألة أمر القاضي هل هو حكم أم ليس بحكم

وأما أمر القاضي فاتّفقوا على أن أمره بحبس المدعى عليه قضاء بالحقّ كأمره بالأخـذ منه , وعلى أن أمره بصرف كذا من وقف الفقراء إلى فقير من قرابة الواقف ليس بحكم, حتـى لو صرفه إلى فقير آخر صح، واختلفوا في قوله سلم الدار وتمام الكلام عليه في البحر والنّهـر, وأطلق الشّارح في الفروع آخر الفصل الآتي تبعاً للبزازي أنّه حكم إلا في مسألة الوقف وسيأتي تمامه[2].

تقسيم الأحكام في القانون

تقسم الأحكام في القانون من حيث وظيفتها إلى: أحكام قضاء موضوعي، وأحكام تنفيذية، وأحكام وقتية، وأحكام ولائية. وتقسم الأحكام الموضوعية من حيث وظيفتها إلى: حكم تقريـري وحكم إلزام، وحكم منشئ .

---

(١) ابن حجر، **الفتاوى الفقهية الكبرى**، ج٢، ص٢٠٠،

(٢) ،ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٣٥٤

الحكم التقريري، والإلزام، والمنشئ

الحكم التقريري أو الحكم المقرر[(١)]: هو الحكم الذي يؤكِّد وجود أو عدم وجـود حـقّ أو مركز قانوني، أو واقع قانوني[(٢)]، وتسمى الدعوى الهادفة على الحصول على هذا الحكم الدعوى التقريرية[(٣)].

الحكم المنشئ: هو الحكم الذي يقرر حقّاً، فينشأ عن هذا التقرير تغييـر مركـز قـانوني سابق، وتسمى الدعوى التي تهدف للحصول على هذا الحكم الدعوى المنشأة[(٤)].

حكم الإلزام: هو الحكم الذي يتضمن إلزام المدعى عليه بأداء معين يقبل التّنفيذ الجبـري، وتسمى الدعوى التي ترمي إلى الحصول عليه بدعوى الإلزام[(٥)].

الحكم التقريري ذو وظيفة موضوعية بحته، بينما نجد لحكـم الإلـزام والحكـم المنشـئ وظائف أخرى بجانب وظيفتها الموضوعية، وهو ما يؤثّر في نظامها القانوني، من حيث شروط قبولها ، وآثارها القانونية[(٦)].

وتقسم الأحكام إلى أحكام فاصلة في الموضوع وأحكام إجرائية:

والأحكام الفاصلة في الموضوع هي: التي تفصل في الطلبـات والـدفوع الموضـوعية، ومثالها الأحكام التقريرية وأحكام الإلزام والأحكام المنشئة لمراكز موضوعية[(٧)].

أما الأحكام الإجرائية فهي التي تفصل في مسائل المرافعـات التـي تثـور أثنـاء سـير الخصومة، ومثالها الحكم في مسألة الاختصاص أو بطلان الإجراءات، كذلك الأحكام المنظمـة

---

(١) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٤٠

(٢) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٢١٩

(٣) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٤٠

(٤) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٢٣٤

(٥) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٢٤٣

(٦) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٤٠

(٧) راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٣٦٩-٣٧٢

لسير الخصومة، أو بإجراءات الإثبات، وترمي إلى إعداد القضية للفصل فيها، وذلـك كـالحكم بضم دعويين أو إحالة الدعوى للتحقيق أو ندب خبير[١] .

وتعد أهمية التّفرقة بين الأحكام الصادرة في الموضوع والأحكام الإجرائية، أن الأولى تعد قضاء موضوعياً، وترتّب حجية الأمر المقضي، ويبدو أثرها في أي إجراءات جديدة يثار فيهـا الموضوع الذي سبق الفصل فيه، أما الأحكام الإجرائية، فلا ترتّب حجة الأمر المقضي، وإنّمـا تنحصر قوتها وأثرها داخل الإجراءات التي صدرت خلالها[٢] .

تقسيم الأحكام إلى قطعية وغير قطعية(تمهيدية أو تحضيرية)

والحكم القطعي: هو الذي يفصل في مسألة معينة بصفة حاسمة تستنفذ سـلطة المحكمـة بالنّسبة لها، وتعد الأحكام الصادرة في الموضوع أحكاماً قطعية، ويكون الحكم قطعياً أو حاسـماً عندما يحسم النّزاع في الخصومة التي صدر فيها، وقد يكون الحكم حاسماً أو قطعيـاً بالنّسـبة لبعض النّزاع دون البعض الآخر[٣]. أما الأحكام الإجرائية فبعضها أحكام قطعية كالحكم الصادر في مسألة الاختصاص أو الحكم بالوقف التّعليقي[٤]، وكذلك الأحكام الإجرائية المنهية للخصومة، مثل الحكم ببطلان الإجراءات، أو الحكم بسقوط الخصومة،

الحكم غير القطعي: وهو ما يسمى بالأحكام التّمهيدية أو التّحضـيرية، وهـي الأحكـام المنظمة لسير الخصومة، أو بإجراءات الإثبات، كالحكم بضم دعويين، أو الحكم بإقفـال بـاب المرافعة، أو الحكم بإحالة الدعوى للتّحقيق ، أو الانتقال إلى المعاينة، ويمكن القـول أن الحكـم غير القطعي هو الذي لا يحسم نزاعاً، كالحكم الصادر في مسألة وقتية[5].

وتبدو أهمية التّفرقة بينها في أنّه لا يجوز للمحكمة العدول عن الحكم القطعي أو تغييـره، وذلك لأنّها تستنفذ سلطتها في المسألة التي فصل فيه هذا الحكم بمجرد صدوره، أمـا الأحكـام

---

(١) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٥٤

(٢) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٣٤

(٣) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٣٤

(٤) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٥٥

(5) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٣٤

التّمهيدية أو التّحضيرية فيجوز للمحكمة العدول عنها أوتغييرها إذا تبينت وجهاً لذلك، كذلك فإن الأحكام القطعية لا تزول بسقوط الخصومة خلافاً للأحكام التّمهيدية أو التّحضيرية[١].

وتقسم الأحكام إلى أحكام منهية للخصومة، وأحكام غير منهية لها

والحكم المنهي للخصومة: هو الذي يؤدي إلى انقضاء الخصومة أمـام المحكمـة التـي تتولاها، سواء أكان حكماً فاصلاً في الموضوع كالحكم بإجابة طلبات المدعي، مثل إلزام المدعى عليه بدفع الدين أو برفض طلباته، أو كان حكماً إجرائياً كالحكم بعدم الاختصاص، أو بـبطلان الإجراءات أو بسقوط الخصومة .

أما الحكم غير المنهي للخصومة فهو: الذي يصدر أثنـاء سـيرها دون أن يـؤدي إلـى انقضائها، سواء كان حكماً موضوعياً، كالحكم بمبدأ التّعويض مع إجراء الإلزام بمبلـغ معـين لحين تقدير الضرر بمعرفة الخبير أو كان حكماً إجرائياً كالحكم بوقف الخصومة.

أهمية التّفرقة بينها: أن الأحكام المنهية للخصومة هي التي يجـوز الطّعـن فيهـا فـور صدورها، أما الأحكام غير المنهية للخصومة فيكون الطّعن فيها كقاعدة مـع الطّعـن المنهـي للخصومة[٢].

تقسيم الأحكام إلى أحكام ابتدائية وأحكام انتهائية

الحكم الابتدائي، هو الحكم القابل للطّعن فيه بالاستئناف.

أما الحكم الانتهائي: فهو غير القابل للطّعن بالاستئناف[٣]، ويسمى الحكم الباتّ، وهو الذي لا يقبل الطّعن فيه بأي طريق من طرق الطّعن وهو أقوى أنواع الأحكام.

ويعد الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي إذا كان غير قابـل للطّعـن فيـه، بالمعارضـة أو بالاستئناف، ويكون حائزاً لحجية الأمر المقضي فيه مع كونه قابلاً للطّعـن فيـه بـالنّقض، أو التماس إعادة النّظر.

(١) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٥٦

(٢) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٥٦

(٣) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٣٨

وأهمية التّفرقة بالنّسبة للتّنفيذ القضائي، فالقاعدة أنّه لا يجوز تنفيذ الأحكام تنفيذاً جبرياً إلا إذا كانت انتهائية، أما الحكم الابتدائي فلا يجوز تنفيذه إلا إذا كان مشفوعاً بالنّفاذ المعجل[١].

وتقسم الأحكام من حيث الحضور وعدمه

أحكام حضورية: وهي التي تصدر في منازعة أعلنت عريضة دعواها لشخص المدعى عليه، أو في منازعة حضر إحدى جلساتها، أو قدم مذكّرة دفاعه فيها.

وأحكام غيابية: وهي الأحكام التي تصدر في منازعة لم يتحقّق بالنّسبة لها أحد الفروض السابقة في الحكم الحضوري[٢].

الفرع الثاني: عوارض الخصومة

الأصل أن تجري إجراءات الخصومة حتى الوصول للغاية منها، وهي الحكم الذي يكون حاسماً للنّزاع، أو إنتهاء الخصومة القائمة، وسيتم تفصيل طرق حسم النّزاع وطرق إنهاء الخصومة في الفصل القادم –إن شاء تعالى – ،إلا أنّه في بعض الأحيان قد يعرض للخصومة أثناء سيرها في أحد مراحلها ما يؤثّر على سيرها وبالتّالي عدم الوصول للغاية وهي الحكم، وتنقسم عوارض الخصومة بالنّسبة لأثرها على الخصومة إلى عوارض منهية للخصومة، وعوارض مانعة من سيرها دون إنهائها .

المسألة الأولى: العوارض المنهية للخصومة

وإن مما يعرض للخصومة من عوارض فقد يكون منهيا لهذه الخصومة، وهو ما يسمى بالانتهاء المبتسر للخصومة، أي الانتهاء المجتزأ للخصومة دون صدور حكم في موضوع النّزاع، ويمكن أن يحصل ذلك بترك الخصومة، أو سقوطها .

---

(١) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٥٧

(٢) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٣٩

أولا: ترك الخصومة

والمقصود بترك الخصومة: ترك المدعي لدعواه صراحة وذلك إما لتنازله عن الـدعوى، أو لتنازله عن الحقّ المدعى به، أو لحصول الصلح على الحقّ المدعى به. فكمـا أن للمـدعي الحقّ في إقامة دعواه ابتداء فله الحقّ في التّنازل عنها، أو في إبراء المدعى عليه مـن الحـقّ موضوع الدعوى، أو الصلح على ذلك الحقّ .

والقاعدة العامة عند الفقهاء أن المدعي من إذا ترك تُرك، أي إذا أراد ترك دعواه يتـرك وشأنه، ولا يجبر على الخصومة[١]؛ لأن إقامة الدعوى تكون بإرادته[٢]، إلا أن إقامتها قد يلحـق ضرراً بالمدعى عليه، أو قد ينتج عن سير الخصومة تغير في المراكز بالنّسبة للمدعي والمدعى عليه، فقد يقوم المدعى عليه بدفع دعوى المدعي بدفع موضوعي، وبالتّالي يتغير مركـزه مـن مدعى عليه لمدعٍ ويكون صاحب مصلحة في السير بالخصومة وتحصيل حكم في موضـوعها، لذلك وجب مراعاة رغبة ومصلحة المدعى عليه في طلب المدعي ترك الخصومة[٣] .

وحيث تختلف آثار ترك الخصومة تبعاً لأسباب التّرك، كان لا بد من تصـريح المـدعي بسبب التّرك، فإن كان سبب ترك الخصومة تنازله عن دعواه ضد المدعى عليه، فيترتّب علـى ذلك من آثار أن له الحقّ في إقامتها لاحقاً؛ لأنّه لم يتنازل عن حقّه المدعى به، يقـول الجمـل: "بأن قوله وبرئ أي من الدعوى، والمراد بالبراءة منها الخروج من العهدة إذ لا تصح البـراءة من الدعوى"[٤].

أما إن كان التّنازل عن حقّه المدعى به، فإن أثر ذلك أفقده حقّ إقامـة الـدعوى ثانيـةً، ويكون نفس الأثر إن كان سبب ترك المدعي لدعواه حصول الصلح؛ لأن الصلح يكـون عـن

---

(١) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ص٢٤٣، الزيلعي، **تبيين الحقائق شـرح كنـز الـدقائق**، ج٤، ص٢٩٢، النووي، **المنهاج**، وبهامشه تحفة المحتاج في شرح المنهاج، للهيتمي، ج١٠،ص٣٢٥ ،الطرابلسي، **معـين الحكام**، ص٥٥، الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٨، ص٣٦٠، الصاوي، **حاشـية الصـاوي على الشرح الصغير**، ج٣، ص٣١١، الرحيباني، **مطالب أولي النهى فـي شـرح غايـة لمنتهـى**، ج٤، ص١٢٢

(٢) النووي، **المنهاج**، وبهامشه تحفة المحتاج في شرح المنهاج، للهيتمي، ج١٠،ص٣٢٥

(٣) الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ج٤، ص١٢٢

(٤) الجمل، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب(المعروف بحاشية الجميل)** ، ج٣، ص٤٤٥

الحقّ المدعى به، كما قرر الفقهاء بجواز ترك المدعي جزءاً من دعواه[١]، فتنطبق أحكام التّرك على الجزء المتروك فقط.

وقد سبق بحث مسألة الصلح في الفصل التّمهيدي من هذه الأطروحة، ويجدر الإشارة هنا إلى أن ما تم بحثه من أحكام الصلح العامة تنطبق على الصلح بعد إقامة الدعوى، بل إن بعـض الفقهاء قالوا: بعدم جواز الصلح إلا بعد الخصومة. فيقول الأنصاري عن الصلح: "ولا يصح من غير سبق خصومة بينهما فلو قال من غير سبقها : صالحني عن دارك على كذا لم يصـح ; لأن لفظ الصلح يستدعي تقدم خصومة"[٢].

إلا أن الصلح قد يكون منصباً على الدعوى لا على الحقّ المـدعى بـه، فيكـون لـدفع الخصومة[٣]، فيجوز التّحلّل أي المصالحه بشيء ويجعله في حلّ من الدعوى التي لم تقم عليهـا بينة للمدعي, وهذا في الدعوى المجهولة لهما معاً وأحرى المعلومة لهما، وأما المعلومة لواحـد المجهولة لآخر فلا يجوز الصلح فيها، قال في كتاب الشّفعة من المعيـار : " إن صـالح رجـل رجلاً في حقّ ادعاه عليه في داره فإن عرفاه جميعاً أو جهلاه جميعاً فذلك جـائز، وإن عرفـه أحدهما وجهله الآخر لم يجز الصلح كالبيع عند مالك[٤]. وفي المقرب قلت : فمن كان له على رجل دراهم ثم نسيا جميعاً عددها كيف يصنعان ؟ قال : يصطلحان على ما شاءا من ذهـب, أو ورق , أو عرض، ويحلل كلّ واحد منهما صاحبه ولا يؤخّره بما صالحه عليه. وقـال بعـض المتأخّرين: يجوز التحليل في الدعوى المجهولة [٥].

ويشترط في جواز الصلح في الدعوى غير الثّابتة ثلاثـة شـروط: (الأول) أن يكـون الصلح جائزاً على دعوى المدعي. (والثاني) أن يكون جائزاً على دعوى المـدعى عليـه أي على تقدير أن المنكر يقر. (والثالث) أن يكون جائزاً على ظاهر الحكم، أي على ظـاهر مـا يطرأ بينهما في المخاصمة ومجلس الفصل[٦].

ويكون الصلح بعد ثبوت الدعوى بإقرار أو بسكوت عند القائلين أن حكم السـكوت حكـم الإقرار , فإما أن تكون المعاوضة عليها ببعض المدعى به فيكون الصلح حينئذٍ هبـة, وإمـا أن

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج٢٠، ص١٦٤

(٢) الأنصاري، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ج٢، ص٢١٦

(٣) القرافي، **الفروق**، وبهامشه أنوار البروق، ج٤، ص٣

(٤) ميارة، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام**، ج١، ص١٥٢

(٥) ميارة، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام**، ج١، ص١٥٢

(٦) القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق** ، ج٤، ص٧

تكون بغيره, وحينئذٍ فالمدعى به إما أعيان وإما منافع، فإن كان أعياناً فغيره المصالح بـه إمـا أعيان فيكون الصلح بيعاً إن لم يكن فيه أحد النّقدين عن الآخر، وصرفاً إن كان فيه أحد النّقدين عن الآخر, وإما منافع فيكون إجارة, وإن كان أي المدعى به منافع فإن وقع الصلح عليها بغيرها مطلقاً قبل أن يستوفيها المدعى عليه فالصلح إجارة أيضاً, وإن وقع بعد أن اسـتوفاها المـدعى عليه كانت الدعوى في عوض المنافع , وهو في الغالب عين فيكون الصلح بغيره بيعاً إن لم يكن فيه أحد النّقدين عن الآخر, وصرفاً إن كان فيه ذلك, وببعضه هبة[١].

ويكون الصلح في الدعوى غير الثّابتة والتي لا تكون إلا عن إنكار المدعى عليه, فيـدخل فيه الافتداء بمال عن يمين توجهت على المدعى عليه , ولو علـم بـراءة نفسـه يجـري فـي المعاوضة عليها بالنّظر للمدعى به ما جرى على الصلح بالإقرار، بينما يرى الـبعض أنّهـا لا تكون إلا في مقابل دفع الخصومة[٢].

ترك الخصومة في القانون:

ترك الخصومة، هو إعلان المدعي عـن إرادتـه إنهـاء الخصـومة دون حكـم فـي موضوعها[٣]، وهو مظهر لمبدأ سلطان إرادة الخصوم، فهو نزول عنها من صاحب الشّأن فيهـا و إلغاء جميع إجراءاتها، فالمدعي باعتباره هو الذي تسبب في قيام الخصومة قد يتّضح له بعد قيامها أن من مصلحته عدم الاستمرار في إجراءاتها فيلغيها بإرادته[٤] .

فهو تنازل من المدعي عن الخصومة مع احتفاظه بالحقّ الموضوعي، وقد يلجأ المدعي لذلك إذا كان رفعه للدعوى بطريقة معِيبة، أو تبين له عدم استعداده الكافي لإعداد دفاعاته، فترك الدعوى حتى يعِد أدلّته إعداداً كافياً، ثم يرفع الدعوى مرة أخرى[٥].

وكما يجوز التّرك بالنّسبة للخصومة برمتها , فإنّه يجوز بالنّسبة لشقّ في الدعوى يصلح موضوعاً قائماً بذاته , كما يجوز من أحد المدعين دون الباقين متـى كـان الموضـوع قـابلاً

---

(١) القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق**، ج٤، ص٣-٦، السرخسي، **المبسوط**، ج٢٠،ص١٦٤

(٢) القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق**، ج٤، ص٧

(٣) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٣٨

(٤) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١٧

(٥) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٣٨ ، بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء فـي الإسلام**، ص٤٢٠

للتجزئة، ويجوز لإجراء أو ورقة معينة من أوراقها مـن المـدعي أو مـن المـدعى عليـه , فالخصومة بالنّسبة للتّرك تقبل التّجزئة متى كان موضوعها قابلاً لذلك [(١)].

ويشترط لترك الخصومة قبول المدعى عليه، وهو بذلك يتنازل عن مركزه القانوني في الخصومة وعن حقّه بالتّمسك في السير فيها، يجوز ترك الخصومة دون قبول المدعى عليـه إذا لم يكن له مصلحة مشروعة في رفض ترك الخصومة، بل يعد رفضه تعسفاً في استعمال حقّـه، وذلك إذا أراد المدعي ترك الخصومة قبل انعقادها، وذلك لأن المدعى عليه لا يباشر مركزه في الخصومة إلا بعد إعلانه، وكذلك إذا لم يكن المدعى عليه قد أبدى طلبـات أو دفـاع أو دفـوع موضوعية، أو إذا دفع المدعى عليه دفعاً غرضه منع المحكمة من قبـول الـدعوى كالـدفوع الشّكلية[(٢)].

ولا يمس التّرك الحقّ موضوع الدعوى، وإنّما يترتّب على ترك الخصومة إلغاء جميع إجراءاتها بما في ذلك رفع الدعوى وما ترتّب عليه من آثار كقطع التّقادم , والحكم على التّارك بالمصروفات , فتنازل المدعي عن دعواه يفقده دعوى الضمان المؤسسة عليها، وتـرك الـدائن دعواه في المعارضة في أمر الأداء الصادر لمصلحته يترتّب عليه إلغاء إجـراء طلـب الأمـر وزوال أثره في قطع التّقادم , وسقوط الحكم بندب خبير لتصفية الحساب بين الطّرفين لأن هـذا التّرك يعد بمثابة تنازل عن العريضة ذاتها[(٣)].

ثانيا: سقوط الخصومة

تبين مما سبق عرضه من إجراءات الخصومة أنّها تتتابع وتسير مرحلة تلو الأخرى حتى الوصول إلى الغاية وهي الحكم، ويتولّى القاضي أو المحكّم بالإضافة إلى المدعي والمدعى عليه القيام بهذه الإجراءات، إلا أن امتناع أحد هذه الأطراف عن القيام بما ترتّب عليه من إجـراءات يؤدي إلى تعطيل باقي الإجراءات فهي إجراءات تتابعية، فكان لا بد من وضع جزاءٍ إجرائي في حق من يرتكب ذلك، والدافع لأن يكون الجزاء إجرائياً لأمرين، أولهما: أن سبب الجـزاء كـان أمراً إجرائياً، فإن أمكن الجزاء من صنف المخالفة فهو الأوفق. وثانيهما وهو الأهم: أن الجزاء الإجرائي يؤدي لوجود حل مستساغ لسير الخصومة، وأن لا يتمكّن أحد أطراف الخصومة مـن

---

(١) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١٧

(٢) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٣٩-٤٤١

(٣) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١٩-٤٢٠

التّحكّم بها .

كما أن الجزاء يجب أن يكون على خلاف قصد الممتنع؛ كأن يكون تنـازلاً عـن بعـض حقوقه الإجرائية، والتي بالتّنازل عنها يمكن سير الخصومة، كما لو امتنع المدعى عليـه عـن الحضور بعد تبليغة للدعوى، فإن جزاءه على امتناعه يكـون بنقـيض قصـده عرقلـة سـير الخصومة، بأن يتم السير بإجراءات الخصومة بغيابه(١) .

إلا أن المدعي هو من قد يمتنع عن القيام بإجراء من إجراءات الخصومة، رغم أن هـذا الأمر نادر الحدوث، لما للمدعي من مصلحة في سير الخصومة، فهي تشكّل لديـه أمـلاً فـي الحصول على حكم لصالحه، ومما يمكّن المدعي من الامتناع عن القيام به من الإجراءات هـو عدم حضور الجلسات، فكما سبق بيانه فإن على المدعي حضور الجلسات ومتابعة دعـواه، وإن تخلّفه عن الحضور يؤدي إلى تعطل الإجراءات، حيث إنّه ملقى على عاتقه القيام بالعديـد مـن الإجراءات، كتحرير دعواه، وطلب الإجابة من المدعى عليه، وإثبات دعواه، أو بطلب تحليـف المدعى عليه اليمين، أو بحلف اليمين المردودة، وغيرها من الإجراءات التي لا يمكن السير بها إلا بحضوره، فلذلك كان جزاء تخلّف المدعي عن الحضور بنقيض قصده ابتـداء مـن سـير إجراءات الخصومة أملاً بالحصول على حكم لصالحه بسقوط الخصومة، وبهذا الجـزاء يوجـد كذلك تفادياً للوقوف في حيرة من أمر كيفية سير الخصومة، وقد نص الفقهاء على هذا الجـزاء الإجرائي، فقالوا: المدعي إذا تَرك، تُرك(٢)، ويكون تركه بترك دعواه، وبحسب هذه القاعدة فإن القاضي من يقوم بتركه، أي بإسقاط دعواه، من تلقاء نفسه، فإن كان بطلب من المـدعى عليـه، فكان الإسقاط أولى.

وحيث إن إسقاط الدعوى يكون من قبل القاضي، والذي لا يحيط علماً بظروف الخصـوم خارج مجلس الحكم، فقد يكون للمدعي عذر مقبول في تخلّفه عن الحضور؛ لذلك فإن للمـدعي تجديد دعواه، والسير فيها من حيث تم إسقاطها .

---

(١) المرداوي، **الإنصاف**، ج ١١، ص٣٠٣، ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكـام**، ج١، ص١٥٥

(٢) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٥، ص٢٤٣، الزيلعي، تبيين الحقائق شـرح كنـز الـدقائق، ج٤، ص٢٩٢، النووي، **المنهاج**، وبهامشه تحفة المحتاج في شرح المنهاج، للهيتمي، ج١٠،ص٣٢٥ ،الطرابلسي، **معـين الحكام**، ص٥٥، الرملي، **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج٨، ص٣٦٠، الصاوي، **حاشـية الصـاوي على الشرح الصغير**، ج٣، ص٣١١، الرحيباني، **مطالب أولي النهى فـي شـرح غايـة المنتهـى**، ج٤، ص١٢٢

سقوط الخصومة في القانون

سقوط الخصومة زوالها بسبب عدم السير فيها بفعل المدعي أو امتناعه مدة سنة كاملة من آخر إجراء صحيح تم فيها[١]، ويستوي أن تكون الخصومة قائمة أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة الدرجة الثانية أو محكمة الالتماس، والمشرع يقصد من هذا السقوط معاقبة المدعي الذي يتسبب بإهماله في عدم السير في إجراءات الخصومة حتى لا تظلّ الخصومات معلّقة أمام القضاء، بالإضافة إلى أن هذا المسلك - من جانب المدعي - يعد بمثابة نزول ضمني عن هذه الإجراءات [٢].

كما يعد سقوط الخصومة جزاء مقرراً للمصلحة الخاصة للمدعى عليه، ولذا فلا يجوز للمدعي أن يتمسك به؛ حتى لا يستفيد من إهماله، ولا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما يجوز للمدعى عليه التّنازل عنه صراحةً أو ضمناً[٣].

والحكم بالسقوط لا يمس أصل الحقّ أو الإجراءات التي لا تعد من إجراءات الخصومة كالإنذارات وغيرها من الإجراءات ، وإنّما يرتّب السقوط إلغاء إجراءات الخصومة التي حكم بسقوطها بما فيها إجراء رفع الدعوى ذاته أو أي طلب آخر فيها تقدم به الخصوم أثناءها وزوال ما ترتّب عليه من آثار كقطع تقادم الحقّ، كما يترتّب على السقوط سقوط الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات، ولكن لا يتناول الحكم بالسقوط الأحكام القطعية الصادرة في الخصومة كالحكم بصحة الورقة أو جواز الإثبات بشهادة الشّهود، ولا يؤثّركذلك في إقرارات الخصوم أو الأيمان التي حلفوها، ولا يمنع الحكم بالسقوط تمسك الخصوم بإجراءات التّحقيق وأعمال الخبرة التي تمت ما لم تكن باطلة في حد ذاتها، وتتّضح أهمية ذلك عندما يثار النّزاع مرة أخرى أمام القضاء [٤].

---

(١) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٢٧

(٢) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٢٠ ، راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٢٨

(٣) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٣١

(٤) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٢٤، راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٣٤-٤٣٥

المسالة الثالية: العوارض المانعة من سير الخصومة

أولا: وقف الخصومة

ما سبق بحثه من ترك وسقوط الخصومة من الأمور المنهية للخصومة إنهـاء مجتـزأ أو مبتسرا، أي انتهاء قبل صدور الحكم فيها، وقد يكون انتهاء إجرائياً كما هو الحال في السـقوط، أو التّرك بسبب التّنازل عن الدعوى ويترتّب على الانتهاء الإجرائي إمكانية السير في الـدعوى مجدداً، وقد يكون الانتهاء موضوعياً، كما هو الحال في الصلح على الحـقّ المـدعى بـه، أو التّنازل عنه، ويترتّب عليه عدم جواز السير في الخصومة ثانية.

أما وقف وانقطاع الخصومة فإنّهما مما لا ينهيا الخصومة لا إجرائياً ولا موضوعياً، وإنّما يجمدا السير في إجراءاتها لفترة محددة، ويكون ذلك لعارض يعرض للدعوى يستلزم هذا الوقف في الإجراءات، لحين زوال هذا العارض .

وقد قرر فقهاء المسلمين أنّه كما أن المدعي له الحقّ بالتّنازل عن أصل الـدعوى، وأنّـه مختار في طلب حقّه، فكذلك له تأخيره[1]، فيجوز له طلب وقف االسير في الدعوى، ولكن- كما سبق ذكره- فإن المدعى عليه قد يكون في وضع يتضرر من جراء ذلـك، فتراعـى مصـلحته ورغبته في طلب المدعي[2]، فإن تم الاتّفاق على وقف السير بالخصومة بغيـة الصـلح أو لأي سبب ما جاز ذلك .

وكما يجوز الوقف الاتّفاقي بين الخصوم للسير في إجراءات الدعوى ، فكذلك للقاضي من تلقاء نفسه وقف السير فيها، إذا عرض عارض يقتضي هذا الوقف، فلو رفعت إليه دعوى مقامة ممن لا تجوز شهادته لهم وبالتّالي لا يجوز قضاؤه لهم، فيجب عليه الامتناع عـن نظـر هـذه الدعوى، ووقف السير في إجراءاتها لحين إحالة نظرها لآخر، وهنا يجب وقـف السـير فـي الإجراءات، ولا يجوز عدم قبول الدعوى؛ لأن القاضي لا يجوز له عدم استماع الدعوى ابتـداء فهو قاضٍ مختص بسماعها بموجب عقد التولية، إلا أنّه وجد مانع يمنعه من السير في إجراءاتها فيجب وقف السير في الإجراءات لحين تصويب الوضع بالنّسبة لهذا المانع، كما يجوز له وقف

---

(١) النووي، **المنهاج**، وبهامشه تحفة المحتاج في شرح المنهاج، للهيتمي، ج١٠،ص٣٢٥
(٢) الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ج٤، ص١٢٢

السير في الدعوى إذا امتنع المدعي عن القيام بإجراء ضروري للسير فيها، ولا يوجب إسقاطها كما مر وهو عدم الحضور .

كما مر بحثه في الدفوع أن القضاء يتخصص بالزمـان والمكـان والنّـوع والقيمـة[١]، فبتخصيص القضاء بالنّوع، أي أن يختص قاضٍ بنظر دعاوى معينـة، كـدعاوى الأنكحـة، أو النّسب مثلا، ويختص آخر بنظر دعاوى أخرى كدعاوى الإرث أو الوقـف، ويخـتص ثالـث بدعوى البيوع أو المعاملات، فقد ينتج عن تخصيص القضاء بالنّوع، أن يتوقّف قضاء قاضٍ في قضية رفعت إليه على قضاء قاضٍ آخر في قضية أخرى، يتوقّف الفصل في الأولى على الفصل في الثانية، فلو أقيمت دعوى وقف لدى قاضٍ مختص في نظر دعاوى الوقـف، ادعـى فيهـا المدعي بأنّه قد أوقف عقاراً معيناً على جهة ما بالشّروط الواجبة شرعاً، وادعـى آخـر ملكيـة العين الموقوفة لدى القاضي المختص في نظر ملكية الأعيان، فإن قاضي الوقـف لا يسـتطيع فصل الخصومة في صحة الوقف، إلا بناء على الفصل في موضوع ملكيـة العـين الموقوفـة، وبالتّالي فيجب عليه وقف سير الخصومة التي ينظرها لحين البتّ في دعوى ملكية العين .

ويترتّب على وقف الخصومة سواء بالاتّفاق بين الخصوم أو من قبل القاضـي اسـتئناف السير فيها بعد زوال سبب الوقف، فيكون بالاتّفاق بانتهاء المدة التي تم الاتّفاق بـين الخصـوم وقف السير خلالها، أو في حال عدم الاتّفاق على المدة بالمطالبة بالسير فيهـا إعلانـا بانتهـاء الاتّفاق على وقف السير، أو بزوال السبب الموجب للوقف من قبل القاضـي، كـأن يتبـين أن القاضي ممن تجوز شهادته للمدعي، أو أن يتم الفصل في الدعوى الأخـرى المتوقّـف فصـل القضية عليها .

وقف الخصومة في القانون

يقصد بوقف الخصومة عدم السير فيها بناء على اتّفاق الأطراف أو حكم المحكمة أو حكم القانون، رغم وجود وصلاحية أطرافها[٢]، فوقف إجراءات الخصومة تجميد لإجراءاتهـا بعـدم السير فيها بسبب عارض مجمد أو موقف لها[٣], وتتعدد أسباب الوقف فقد يكون الوقف اتفاقيـاً، أووقفاً قضائياً، أو وقفاً بحكم القانون.

(١) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص١١

(٢) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٠٩

(٣) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٠٣-٤٠٥

١_ الوقف الاتفاقي :

يتم الوقف الاتّفاقي بناء على اتّفاق الخصوم على الوقف , فالقانون يجيز هذا الاتّفاق بغية تصفية المنازعات عن طريق الصلح ؛ لأن القصد من الاتّفاق على الوقف هو العمل على تقريب وجهات النّظر بين الخصوم والذي قد يستغرق وقتاً يتطلّب تكرار التأجيل الذي لا توافقهم عليـه المحكمة [(١)]، وباتّفاق أطراف الخصومة على الوقف، فلا تملك المحكمة رفض وقف الخصومة، فالاتّفاق المذكورهو تصرف إجرائي ملزم لأطرافه، وإنّما يشترط إقرار المحكمة للاتّفاق للتحقّق من صحته ومدته قبل وقف السير[(٢)].

٢- الوقف القضائي:

وتتميز هذه الصورة من صور الوقف بأنّها تتم بناء على حكم المحكمة، فالمحكمة تحكم بالوقف إما كجزاء للمدعي وإما لتعليق الفصل في الدعوى الأصلية على الفصـل فـي دعـوى أخرى، فينقسم الوقف القضائي إلى وقف جزائي ووقف تعليقي[(٣)]:

أ-الوقف الجزائي :

يجوز الوقف كجزاء على إهمال المدعي متابعة إجراءات الخصومة، أو تنفيذ ما تأمر به المحكمة خلال الميعاد الذي تحدده , فللمحكمة - بدلاً من الحكم على المـدعي بالغرامـة - أن تحكم بوقف الدعوى لمدة لا تتجاوز ستّة أشهر وذلك بعد سماع أقوال المدعي عليه، فربما تكون لديه أسباب جدية للاعتراض على الوقف تحول دون الحكم بالوقف بالرغم من أن موافقته ليست لازمة للحكم بالوقف [(٤)] .

ب_ الوقف التعليقي:

يجوز الوقف للفصل في مسألة أولية يتوقّف عليها تصفية النّزاع المعروض , فهذا ممـا

---

(١) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١٢

(٢) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٠٩

(٣) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤١٠

(٤) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١٣

يتطلّبه حسن أداء العدالة وتوزيع الاختصاص بين الهيئات والجهات المختصـة بالفصـل فـي المنازعات في الدولة , فقد يعرض نزاع على المحكمة يتطلّب تصفية صدور حكم من محكمـة أخرى في نزاع يخرج الفصل فيه من اختصاصها الولائي أو النّوعي , كأن يثار بصدد تعيـين الحدود أو قسمة المال الشّائع نزاع حول الملكية يخرج من اختصاص المحكمة الجزائيـة التـي تنظر دعوى تعيين الحدود أو الفرز , ففي هذه الحالة على المحكمة أن توقف الفصل في الدعوى إلى أن يصدر الحكم في النّزاع حول الملكية ما لم تر إحالة الموضوع برمته للمحكمة الابتدائيـة حسبما تقدم [١].

الوقف التّقديري لا يكون إلا بحكم ، فهو وقف قضائي يؤدي إلى تجميد الإجراءات إلى أن يزول سبب الوقف، وباعتباره وقفاً جوازياً أو تقديرياً لا تلازم المحكمة عليه ، وإنّما تتمتّع بصدد طلب الوقف بسلطة تقديرية تخول لها حرية إجابة الطلب أو رفضه حسبما يقتضيه حسن سـير الإجراءات ومصلحة العدالة، وباعتباره كذلك فلا يكون الوقف إلا بالحكم الذي يصدر بـالوقف، فالحكم بالوقف التقديري حكم منشئ لحالة الوقف، على عكس الوقف الحتمي أو الوجوبي الـذي يتم بقوة القانون [٢].

٣- الوقف بحكم القانون:

ينص القانون في بعض الحالات على وقف الخصومة بسبب تقديم طلب معين، ويتم وقف الخصومة في هذه الحالة بقوة القانون دون حاجة إلى حكم من المحكمة[٣]، فهو وقف حتمـي أو وجوبي يترتّب بقوة القانون بمجرد قيام السبب الذي يرتّب القانون عليه هذا الأثر حتى ولو لـم يصدر حكم بذلك , فالحكم الذي يصدر بالوقف لا يعد منشئاً لحالة قانونية، وإنّمـا يعـد إقـراراً لوضع قانوني أو مركز نشأ وترتّب كنتيجة مباشرة للقاعدة القانونية , فيكون طلب الخصم وقف الدعوى في هذه الحالة بمثابة إبلاغ للمحكمة بالسبب الموجِب للوقف لترتّب عليه وجوبـاً هـذا الأثر[٤] .

ومن الأمثلة على الوقف الحتمي، الوقف أي وقف الدعوى الأصلية كأثر على طلـب رد القاضي ما لم يندب قاضياً آخر بدلاً ممن طلب رده، أو رفع دعوى الصلح الواقي من الإفـلاس

---

(١) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١٣-٤١٤

(٢) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١٢

(٣) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤١٣

(٤) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٠٣

بالنّسبة لدعوى الإفلاس إلى أن يفصل فيها، يستوي أن تكون سابقة على رفع دعوى الإفلاس أو لاحقة لها، كما يستوي أن يكون أول طلب للصلح تقدم به المدين أو سبقته طلبات أخرى قضـى برفضها متى أمرت المحكمة المقدم لها الطّلب افتتاح إجراءات الصلح الواقي، إلا أن أهم تطبيق للوقف الوجوبي ما يسمى بانقطاع سير الخصومة(١).

تعد الخصومة قائمة رغم وقفها، وتظلّ المطالبة القضائية منتجة لكـل آثارهـا، وتظـلّ الإجراءات اللاحقة كافّة التي اتّخذت قبل حالة الوقف(٢) ويترتّب على وقف إجراءات الخصـومة تجميدها بعدم السير فيها أياً كان سبب الوقف, فيعد كل إجراء تتخذه المحكمة أو يتخذه الخصـوم أثناء مدة الوقف إجراء باطلاً , إلا أن للمحكمة في حالة الوقف لرد القاضي ندب قاضٍ آخر بدل الذي رد، ففي هذه الحالة تزول حالة الوقف فلا توقف الإجراءات (٣)، فإذا انتهت حالة الوقـف بسير الخصومة فإنّها تعود للسير من النّقطة التي وقفت عندها مع الاعتـداد لكـل الإجـراءات السابقة(٤).

ثانيا: انقطاع الخصومة

وانقطاع الخصومة كذلك من الأمور المجمدة للسير في إجراءاتها دون إنهائهـا، ويكـون ذلك لما قد يعرض للخصومة من سبب يؤدي إلى انقطاع هذه الإجراءات، وغالباً ما تعود أسباب انقطاع الخصومة لشروط صحة الدعوى والخصومة، وما يجب أن يتوفّر فـي أطرافهـا مـن شروط، فمن الشّروط الواجب توافرها في المدعي أو المدعى عليه، الأهلية وهي العقل والبلـوغ ، ويجب توافر هذا الشّرط خلال سير الخصومة حتى انتهائها، فإذا عرض لأي منهما ما يخـل بهذا الشّرط كجنون أحدهما، فإن ذلك يؤدي إلى انقطاع الخصومة، وذلك لأن اختلال هذا الشّرط لا يؤدي إلى انتهاء الخصومة، فإن الخصومة تستمر بتمثيل وليه عنـه، أو الوصـي عليـه، أو بنصب القاضي من يمثّله(٥)، ولكن ريثما يتسنّى للقاضي ذلك، فإن الخصومة تكون قد انقطعت .

كما تنقطع الخصومة في حالة وفاة أحد المتخاصمين سواء المدعي أم المدعى عليه، ما لم يحسم موته النّزاع وتنتهي مصلحة الآخر في رفع الدعوى ، فبموت أحد المتخاصـمين وجـب

---

(١) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٠٤-٤٠٥

(٢) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤١٤

(٣) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١٥

(٤) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤١٤

(٥) السبكي، **فتاوى السبكي**، ج٢،ص٤٩٥، نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ج٣، ص٣٤٥

تمثيل خلفه له؛ لأن الحقوق لا تنتهي بالموت غالباً وتورث إلى ورثة صاحب الحق ، فتنقطع الخصومة لحين تبليغهم وحضورهم لتمثيلهم له ، إلا أنّه في بعض الحالات قد ينتج عن وفاة المدعي أو المدعى عليه انتفاء المصلحة والتي هي شرط صحة الدعوى فيحصل بموته انتهاء الخصومة لا انقطاعها، وذلك كموت المدعى عليه في دعوى الطلاق، فتنتفي مصلحة المدعية في دعواها وهي انتهاء الزوجية لانتهائها بوفاة المدعى عليه.

ويترتّب على انقطاع الخصومة وقف السير في إجراءاتها لحين زوال السبب الموجب للانقطاع، وهو حضور وتمثيل من ينوب عن فاقد الأهلية من ولي أو وصي في الخصومة، ومن ينوب عن المتوفى من خلف، وبطلان أي إجراء يتم اتّخاذه قبل تمثيلهم، عملاً بمبدأ المواجهة بين الخصوم [١].

انقطاع الخصومة في القانون

انقطاع الخصومة هو عدم السير فيها بحكم القانون بسبب وفاة أحد أطراف الخصومة، أو طروء ما يؤدي إلى عدم صلاحيته بعد البدء فيها[٢]، فهو وقف حتمي لإجراءاتها يترتّب على قيام سبب من الأسباب المنصوص عليها في القانون حتى لا تتّخذ إجراءات التّقاضي ضد من يجهلون قيام الخصومة ، فيحرمون من حقّ الدفاع عن مصالحهم المشروعة وهم في غفلة من قيامها، لذلك لا يقبل التّمسك بالانقطاع وبطلان الإجراءات التي تتم أثناءه إلا ممن له مصلحة في ذلك[٣] .

ويتطلّب انقطاع سير الخصومة أن تكون إجراءات الخصومة قد بدأت ثم يحدث سبب الانقطاع بعد ذلك، فلا يكون هناك مجال إذا حدث السبب الموجِب له قبل قيام الخصومة، فوفاة أحد الخصوم أو زوال أهليته للتّقاضي قبل انعقاد الخصومة –مثلاً- يؤدي إلى عدم انعقادها أصلاً، لأن الخصومة تتطلّب أن يكون هناك مدعٍ يطالِب بالحماية ومدعى عليه تُطلَب الحماية في مواجهته، فإذا فقدت أياً من هذين الطّرفين، فقدت ركناً جوهرياً لقيامها [٤].

---

(١) انظر ص١٠٧

(٢) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤١٧

(٣) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٠٥-٤٠٦

(٤) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٠٥-٤٠٦

وقد وردت أسباب الانقطاع في القانون على سبيل الحصر وهي[١]:

١- وفاة أحد الخصوم في الخصومة، مدعياً كان أو مدعى عليه، متدخّلاً أو مدخلا فيها .
٢- فقد أحد الخصوم أهلية الخصومة لأي عارض من عوارض الأهلية كـالجنون أو العتـه أو السفه .
٣- زوال صفة من كان يباشر الخصومة- عن أحد الخصوم- من الغائبين. والمقصود بالغائـب من له حقّ التّقاضي عن غيره أو من يوجب القانون توجيه إجراءات التّقاضي إليه.

ويترتّب قيام سبب من أسباب الانقطاع بالنّسبة لأحد الخصوم من شـأنه أن يـؤدي إلـى الوقف الحتمي لإجراءات الخصومة، فالحكم الذي يصدر بالانقطاع حكم مقرر وليس منشئاً لهذا الأثر، ويتعين لصدور هذا الحكم أن يثبت نقص الأهلية، أو الإفلاس بحكم تكون له حجيـة فـي قيام هذا السبب [٢]، وتظلّ إجراءات الخصومة موقوفة ومجمدة بحدوث سبب الانقطاع إلـى أن تستأنف سيرها بالتّعجيل[٣] .

---

(١) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤١٧ ، بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضـاء فـي الإسلام**، ص٤٠٥-٤٠٧

(٢) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٠٩ ، راغب، **الموجز في مبادئ القضـاء المدني**، ص٤٢٢

(٣) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١١

المبحث الثاني:

مراحل الخصومة العارضة، ويشتمل على مطلبين:

وتم تسميتها بالعارضة لأنّها ليست ثابتة في كل خصومة، وإنّما قد تطرأ أو تعرض لبعض الخصومات دون البعض، كما أنّها تختلف عن المراحل الأساسية من حيث الهـدف، فالمراحـل الأساسية تهدف مباشرة إلى الوصول لحكم باتّ في إنهاء الخصومة، أما المراحل العارضة فليس ذلك هدفها المباشر، فهي تهدف إلى تحقيق العدالة، إما بالطّعن في الحكم غير العـادل وبالتّـالي نقضه، وإما باتّخاذ الإجراءات التّحفظية التي تهدف لحفظ حقوق المدعي، أو بالنّظر إليـه بمـا يحقّق مصلحة ملحة له في تعجيل التّنفيذ .

المطلب الأول: نقض الأحكام القضائية

المطلب الثاني: الإجراءات التّحفظية

المطلب الأول

نقض الأحكام القضائية

الأصل في الأحكام القضائية في الشّريعة الإسلامية أنّها تحوز على الحجية المطلقة في الأمر المحكوم فيه، وهي قابلة للتّنفيذ مباشرة، ولا يتوقّف تنفيذها على أي أمر آخر كاستئناف أو اعتراض، ولا ينتظر في تنفيذها انتهاء مدة معينة لأن الحقّ إذا ثبت لواحد لم ينتقل إلى غيره ولم يتعده، فأي بينة سبقت وقضي بها لم تقبل الأخرى، والدعوى متى فصلت مرة بالوجه الشّرعي لا تنقض ولا تعاد(١).

إلا أن الشّريعة تنظر إلى هذه الأحكام بما يحقّق أقصى درجات العدالة، فإن هذه الأحكام تصدر عن بشر وإن اشترط فيهم شروطاً تحول دونهم و دون صدور حكم غير عادل، إلا أنّه في بعض الحالات قد لا يتحلّى من عين قاضيا بكامل هذه الشّروط لسبب أو لآخر؛ كما في تعيين قضاة الضرورة لعدم وجود من تنطبق عليه الشّروط فيختار الأصلح فالأصلح ، وحتى لو كان يتحلّى بها فإن من الطّبيعة البشرية حدوث الخطأ، حتى عند أكمل البشر وهم الأنبياء فهم غير معصومين من الخطأ في غير تبليغ الرسالة، حتى أن نبينا محمد ﷺ قد شعر بذلك أثناء توليه فصل الخصومات، فقال: " **إنّكم تختصمون إلي ولعلّ بعضكم ألحن بحجته من بعض فمن قضيت له بحقّ أخيه شيئا بقوله فإنّما أقطع له قطعة من النّار فلا يأخذها**"(٢) لذلك فقد فتحت الشّريعة باب نقض الأحكام غير العادلة وتصويبها بما يوافق الحقّ والعدل، ومعنى القول بفتح باب نقض الأحكام القضائية وجود طرق يتوصل بها لنقض هذه الأحكام وذلك إما بتعقّب الأحكام الصادرة ونقض ما يستوجب النّقض منها، أو من خلال الطّعن في هذه الأحكام من قبل المتضرر، وإعادة النّظر في الحكم المطعون في صحته، ونقضه في حال ثبوت ذلك.

فقد اتّفق فقهاء المسلمين على وجوب نقض الحكم القضائي الجائر؛ غير الموافق للعدل سواء كان الحكم من حقوق العباد، أو من حقوق الله، وسواء كان النّقض من قبل القاضي نفسه، أو من قبل قاضٍ غيره، ثم اختلفوا في ماهية الحكم الجائر:

---

(١) ابن عابدين، **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية**، ج١ ، ص٢١٥

(٢) البخاري، **صحيح البخاري**، كتاب الشهادات/باب من أقام البينة بعد اليمين، ح:٢٦٨٠ ،ص٤٨٨ بلفظ:"إنّكم تختصمون إلي، ولعلّ بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحقّ أخيه شيئاً بقوله،فإنّما أقطع له قطعة من النار، يأخذها"، مسلم، **صحيح مسلم**، ج٥، ص١٢١

فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤]، والزيدية[٥] على وجوب نقض الحكم الذي خالف نص الكتاب أو السنّة، أو الإجماع، وزاد المالكية[٦] والشّافعية[٧] أو القياس الجلي.

وذهب الإمامية إلى وجوب نقض الحكم الجائر، سواء كان مستنده قطعيـاً، أو اجتهاديـاً، يقول المحقق الحلي:" فإن كان الحكم موافقاً للحق ألزم , وإلا أبطله , سواء كان مسـتند الحكـم قطعياً أو اجتهادياً"[٨].

ومن أمثلة الأحكام المخالفة للكتاب: كالحكم عليه بحلية ملك يمين زوجة الأب أو موطوءة الأب؛ لأن هذا الحكم مخالف لنص الآية الكريمة:{ **ولَا تَنْكِحوا ما نَكَح آَباؤُكُم مِن النساءِ إِلا مـا قَد سلَفَ إِنه كَان فَاحِشَةً ومقْتًا وساء سبِيلًا**}[٩]. فإذا عرض هذا الحكم على القاضـي الحنفـي فسخه وأبطله، وكذلك إذا حكم القاضي في الشّج الواقع في الحمام بشهادة النّساء فقط وعـرض هذا الحكم على قاضٍ ثانٍ فينقضه، كذلك لو حكم القاضي على إجبار المدِين على إيجار نفسـه لآخر وإيفاء الدين من أجرته وعرض هذا الحكم على قاضٍ آخر فينقضه لمخالفته لقوله تعالى: { **وإِن كَان ذُو عسرةٍ فَنَظِرةٌ إِلَى ميسرةٍ وأَن تَصدقُوا خَير لَكُم إِن كُنْتُم تَعلَمون** }[١٠] [١١].

والأحكام المخالفة للسنّة: مثل إذا عين ولي القتيل رجلاً من أهالي المحلّـة [١٢]أنّـه قاتـل مورثه وحلف اليمين، يحكم على ذلك الرجل بالقصاص عند الإمام مالك، فـإذا حكـم القاضـي المالكي بقصاص رجل على هذا الوجه وعرض هذا الحكم على قاضٍ حنفي فلا ينفذ هذا الحكـم

---

(١) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٧، ص١٥، نظام، وجماعة من علمـاء الهنـد، **الفتـاوى الهندية**، ج٣، ص٣٦٢

(٢) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٨، ص١٣٨-١٣٩

(٣) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية ، ج٦، ص٢٩٤ ،

(٤) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٠٦، ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص٤٥٧

(٥) المرتضى، **البحر الزخار الجامع لعلماء الأمصار**، ج٦، ص١٣٦

(٦) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٨، ص١٣٨-١٣٩

(٧) الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية ، ج٦، ص٢٩٤ ،

(٨) المحقق الحلي، **شرائع الإسلام في بيان الحلال والحرام**، ج٤، ص٦٩

(٩) سورة النساء، الآية٢٢

(١٠) سورة البقرة، الآية ٢٨٠

(١١) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨٧

(١٢) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨٧-٦٨٨

بل يفسخه ويبطله؛ لأن هذا الحكم مخالف للحديث الشريف القائل: { البينة على المدعي واليمـين على من أنكر }(١). كذلك لو طلّق أحد زوجته المدخول بها طلاقاً ثلاثاً، ثـم زوجـت الزوجـة المذكورة للحل بزوج آخر فطُلقت من الزوج الآخر قبل الدخول، وحكم بحليـة زواجهـا مـن زوجها الأول فإن اشتراط الدخول ثابت في حديث العسيلة(٢) .

والأحكام المخالفة للإجماع : كأن يعرض الحكم الذي أصدره قاضٍ في مسـألة اجتهاديـة على قاضٍ آخر فيحكم القاضي الآخر بإبطال الحكم الأول، وكالحكم بسقوط الدين لترك المـدعي الدعوى بضع سنوات فإنّه لا دليل شرعي يدلّ على ذلك(٣).

كما اتّفق جمهور الفقهاء(٤) عدا الإمامية(٥) على عدم جواز نقض الحكم القضائي المبنـي على الاجتهاد الصادر من قاضٍ مستوفٍ لشروط القضاء. وذلك لما يلي:

١. عن الشعبي: { أن رسول الله ﷺ كان يقضي بالقضاء وينزل القرآن بغير ما قضى فيسـتقبل حكم القرآن ولا يرد قضاءه الأول }(٦).
٢. وقد صح أن عمر -رضي الله تعالى عنه- لما كثر اشتغاله قلّد القضاء أبا الدرداء واختصم إليه رجلان فقضى لأحدهما , ثم لقي عمر- رضي الله تعالى عنه- المقضي عليه فسأله عن حاله، فقال: قضى علي. فقال عمر- رضي الله تعالى عنه-: لو كنت أنا مكانه لقضيت لك. فقال المقضي عليه: وما يمنعك من القضاء؟ قال: ليس هنا نص والرأي مشترك(٧).
٣. وروي عن عمر- رضي الله تعالى عنه- أنّه قضى في حادثة بقضية , ثم قضى فيها بخلاف ذلك، فقيل له في ذلك، فقال: تلك كما قضينا وهذه كما نقضي(٨).

---

(١) سبق تخريجه ص٤٢

(٢) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨٨

(٣) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨٨

(٤) النسفي، **كنز الدقائق**، بهامشه تبيين الحقائق، ج٤، ص١٨٩، المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليـل**، ج٨، ص١٣٨-١٣٩ ،ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص٤٥٧، المرتضى، **البحر الزخار الجامع لعلمـاء الأمصـار**، ج٦، ص١٣٦

(٥) المحقق الحلي، **شرائع الإسلام في بيان الحلال والحرام**، ج٤، ص٦٩

(٦) ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص٤٥٧

(٧) النسفي، **كنز الدقائق**، بهامشه تبيين الحقائق، ج٤، ص١٨٩

(٨) النسفي، **كنز الدقائق**، بهامشه تبيين الحقائق، ج٤، ص١٨٩

٤. وروي أن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- قال وهو على المنبر : " يا أيهـا النّـاس إن الرأي إن كان من رسول الله ﷺ مصيباً لأن الله تعالى كان يريه , وإنّمـا هـو منّـا الظّـن والتّكلّف "(١) .

٥. وذلك للاتّفاق على أن للقاضي أن يقضي بأي الأقوال الذي مال إليها اجتهاده , فكان قضاؤه مجمعاً على صحته , فلو نقضه إنّما ينقضه بقوله، وفي صحته اختلاف بين النّاس فلا يجوز نقض ما صح بالاتّفاق بقول مختلف في صحته(٢) .

٦. لأنّه لا مزية لأحد الاجتهادين على الآخر(٣) فلا فائدة من نقضه؛ فالإجتهاد لا ينقض بمثله(٤).

٧. لأن الضرورة توجب القول بلزوم القضاء المبني على الاجتهاد , وأن لا يجوز نقضه;(٥)لأنّه لو لم ينفذ الأول لما نفذ الثّاني أيضا , وكذا الثالث والرابع إلى ما لا يتنـاهى لاحتمـال أن يجيء قاضٍ يرى خلاف ذلك (٦).

كما ذهب جمهور الفقهاء إلى وجوب نقض ما لم يوافق الصواب من الحكم في المجتهدات الصادر عن قاضي الضرورة غير المستوفي لشروط القضاء، أو القاضي الجـائر، أوالقاضـي الجاهل الذي لم يشاور العلماء، أو الحكم الصادر بالرشوة(٧).

وذلك لأن حكمه غير صحيح , وقضاءه ليس قضاء لعدم شرط القضاء فيه , ولـيس فـي نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد ; لأن الأول ليس باجتهاد, ولا ينقض ما وافق الصـواب; لعدم الفائدة في نقضه , فإن الحقّ وصل إلى مستحقّه(١).

---

(١) ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص٤٥٧،البيهقي، **السنن الكبرى**، باب إثم من أفتى أو قضى بالجهل، حديث رقم ٢٠١٤٥ .

(٢) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٧، ص١٥

(٣) النسفي، **كنز الدقائق**، بهامشه تبيين الحقائق، ج٤، ص١٨٩

(٤) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٠٦

(٥) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٧، ص١٥

(٦) النسفي، **كنز الدقائق**، بهامشه تبيين الحقائق، ج٤، ص١٨٩

(٧) ابن نجيم، **البحر الرائق** ، ج٦ ،ص٢٨٦ ، نظام، وجماعة من علماء الهنـد، **الفتـاوى الهنديـة**، ج٣ ، ص٣١٢ ، ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١، ص٩١ ، المواق، **التـاج والإكليـل لمختصـر خليـل**، ج٨، ص١٣٩ ، الحطاب، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، ط٢، ج٦، ص١٣٦-١٣٧ ، الأنصاري، **أسـنى المطالب شرح روض الطالب**، ج٤، ص٢٨١، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٠٦ ، ابن تيمية، **الفتاوى الكبرى**، ج٥، ص٥٦٠ ، المحقق الحلي، **شرائع الإسلام في بيان الحلال والحرام**، ج٤، ص٦٩

والقول بعدم نقض قضاء القاضي في المجتهدات ما لم يقيده السلطان بمذهب فـلا ينفـذ قضاؤه بغيره، لما تقرر أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والأشخاص والحوادث[٢].

الفرع الأول: تعقّب الأحكام القضائية:

التعقّب لغة: عقبت فلاناً: جئت بعده ومنه سمي رسول الله ﷺ العاقب؛ لأنّه عقب من كان قبله من الأنبياء أي جاء بعدهم. ورجع فلان على عقبه: أي على طريق عقبه وهي التي كانـت خلفه وجاء منها سريعاً. والمعنى الثاني إدراك جزء من المذكور معه، يقال: جـاء فـي عقـب رمضان، إذا جاء وقد بقي منه بقية. ويقال: إذا برئ المريض وبقي شيء من المرض هو فـي عقب المرض، وأما عقيب مثال كريم فاسم فاعل من قولهم عاقبه معاقبة وعقبـه تعقيبـاً فهـو معاقب ومعقب وعقيب إذا جاء بعده[٣] .

والمقصود بتعقّب الأحكام، أن يتّتبع القاضي أحكام من قبله من القضاة، وينظـر فيهـا؛ ليتفحصها، وينقض الخطأ منها دون أن يتظلّم إليه المحكوم عليه منها.

فذهب الفقهاء إلى أنّه لو خلف قاضٍ آخر في القضاء فإنّه يكمل ما كان بـين يديـه مـن الأحكام ويصل نظره فيها، ويبني على ما قد مضى بين يديه من الخصومات[٤] و أنّه ليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله; لأن الظاهر صحتها وصوابها, وأنّه لا يولّى القضاء إلا من هو من أهل الولاية[٥].

---

(١) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٠٦

(٢) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص١١

(٣) الفيومي، **المصباح المنير**، ص٤٢١ باب عقب

(٤) عليش، محمد بن أحمد،(ت:١٢٩٩هـ). **منح الجليل شرح مختصـر خليـل** ، ط١، دار الفكـر، بيروت ، ١٩٨٧، ج٨، ص٣٧١

(٥) الشافعي، **الأم**، ج٨، ص٤٠٨ ، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٠٥، المحقق الحلي، **شرائع الإسلام فـي بيان الحلال والحرام**، ج٤، ص٦٩

أما إن كان القاضي ممن لا يصلح للقضاء فتتعقّب أحكامه، وينظر فيها، ويصار فيها وفق ما تم بحثه من مسألة نقض الأحكام[١]، أي ما وافق الصواب يمضى سواء كان سببه قطعيـاً أم اجتهادياً، وما لم يوافقه يفسخ .

وإن كان القاضي مجهول الحال فينظر إلى الذي ولاه، فإن كان يولي من يصلح تارة ومن لا يصلح تارة، فتتعقّب أحكامه، وينفذ منها ما وافق الصواب[٢].

ويعد التعقّب للأحكام طريقاً ذاتياً من طرق نقضها، ويوجد طريق ثانٍ لـنقض الأحكـام، وهي الطّعن في الحكم من قبل المحكوم عليه .

تعقّب الأحكام في القانون:

تتّمتع الأحكام القضائية بالحجية، فيمتنع التّعرض لها بالتّصويب والتّصحيح بغيـر طـرق الطّعن المقررة، فتعقب الأحكام لا يكون إلا عن طريق الطّعن فيها بالطّريق الجائز قانوناً، ومـا دام لم يطعن في الحكم فلا يجوز رفع دعوى لبطلانه أو لانعدامه؛ لأن المنازعة فيه بغير طريق الطّعن المقرر ممتنعة كقاعدة عامة[٣].

الفرع الثاني: الطّعن في الأحكام

والطّعن لغة: طعنه بالرمح طعناً من باب قتل، وطعن في المفازة طعناً ذهب، وطعن فـي السن كبر، وطعن الغصن في الدار مال إليها معترضاً فيها. قال الزمخشري: طعنت في أمر كذا وكل ما أخذت فيه ودخلت فقد طعنت فيه. وعلى هذا فقولهم طعنت المرأة في الحيضة فيه حذف والتّقدير طعنت في أيام الحيضة أي دخلت فيها، وطعنت فيه بالقول وطعنت وعليه من باب قتل

---

(١) ابن نجيم، **البحر الرائق** ، ج٦ ،ص٢٨٦ ، نظام، وجماعة من علماء الهنـد، **الفتـاوى الهنديـة**، ج٣ ، ص٣١٢ ، ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١، ص٩١ ، المواق، **التـاج والإكليـل لمختصـر خليـل**، ج٨، ص١٣٩ ، الحطاب، **مواهب الجليل شـرح مختصـر خليـل**، ط٢، دار الفكـر، ج٦، ص١٣٦-١٣٧ ، الأنصاري، **أسنى المطالب شرح روض الطالب**، ج٤، ص٢٨١، ابن قدامة، **المغنـي**، ج١٠، ص١٠٦ ، ابن تيمية، **الفتاوى الكبرى**، ج٥، ص٥٦٠ ، المحقق الحلي، **شرائع الإسلام في بيان الحلال والحرام**، ج٤، ص٦٩

(٢) ابن تيمية، **الفتاوى الكبرى**، ج٥، ص٥٦٠

(٣) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات** ،ص٤٨٧-٤٨٨

أيضاً ومن باب نفع لغة قدحت وعبت طعناً وطعنانا وهو طاعن وطعان في أعـراض النّـاس، وأجاز الفراء يطعن في الكلّ بالفتح لمكان حرف الحلق والمطعن يكون مصدراً ويكون موضـع الطّعن[1] .

والطّعن في الحكم إصطلاحاً : السبل التي جعلها المشرع حقاً للمتخاصمين أو المتضـرر من نتيجة الحكم أن يسلكوها أمام المحكمة المختصة للتظلّم منـه بقصـد تعديلـه أو إلغائـه أو فسخه[2].

ويعد الطّعن في الأحكام القضائية الطّريق الثّاني من طرق نقض الأحكـام بعـد طريـق التعقّب للأحكام، وذلك عن طريق تظلّم المحكوم عليه من الحكم الصـادر بحقّـه، ومـن أدلّـة مشروعية الطّعن في الأحكام ما يلي:

١. حديث أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : " كَانَتْ امرَأَتَان معهما ابنَاهمـا ، جاء الذئْب فَذَهب بِابن إحداهما ، فَقَالَتْ صاحِبتُها : إِنما ذَهب بِابِنِكِ ، وقَالَتْ الْـأُخْرى إِنمـا ذَهب بِابنِكِ ، فتَحاكَمتَا إِلَى داود ، فقَضى بِهِ لِلْكُبرى ، فَخَرجتَا علَـى سـلَيمان بـن داود ، فَأَخْبرتَاه ، فَقَالَ : ائْتُونِي بِالسكِين أَشُقه بينَهما ، فَقَالَتْ الصغْرى : لَا تَفْعلْ يرحمك الله هـو ابنُها ، فقَضى بِهِ لِلصغْرى "[3] .

وجه الدلالة: أنّه قد تم التّحاكم إلى سيدنا سليمان- عليه السلام-، في نفس القضية التي تـم عرضها على سيدنا داود- عليه السلام- وحكم بها، وقد نقض نبي الله سليمان حكـم سـيدنا داود، ولم يكن نقضه للحكم إلا بعد طعن المتضررة من المرأتين .

٢. حديث علي بن أبي طالب- رضي الله عنه- قال : " بعثَنِي رسولُ اللـهِ ﷺ إِلَـى الْـيمن ، فَانْتَهينَا إِلَى قَومٍ قَد بنَوا زبيةً لِلْأَسدِ ، فَبينَا هم كَذَلِك يتَدافَعون ، إِذْ سقَطَ رجلٌ ، فَتَعلقَ بِآخَر ، ثُم تَعلقَ رجلٌ بِآخَر ، حتى صاروا فِيها أَربعةً ، فَجرحهم الْأَسد ، فَانْتَدب لَه رجـلٌ بِحربـةٍ فَقَتَلَه ، وماتُوا مِن جِراحتِهِم كُلهم فَقَاموا أَولِياء الْأَول إِلَى أَولِياءِ الْآخِرِ ، فَـأَخْرجوا السـلَاح لِيقْتَتِلُوا ، فَأَتَاهم علِي رضِي الله عنْه علَى تَفِيئَةِ ذَلِك ، فَقَالَ تُرِيدون أَن تَقَاتَلُوا ورسولُ اللـهِ ﷺ حي ، إِني أَقْضِي بينَكُم قَضاء إِن رضِيتُم ، فَهو الْقَضاء ، وإِلا حجز بعضكُم عن بعـضٍ

---

(١) الفيومي، **المصباح المنير**، ص٣٧٤

(٢) ذياب، زياد صبحي، محاضرات في مادة: دراسة متخصصة في دفع الدعوى، لطلبـة الـدكتوراة القضـاء الشرعي، للعام الدراسي ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، الجامعة الاردنية.

(٣) البخاري ، **صحيح البخاري** ، ج٨، ص١٩٤

حتى تَأْتُوا النبي ﷺ، فَيكُون هو الذِي يقْضِي بينَكُم ، فَمن عدا بعد ذَلِك فَلَا حق لَه ، اجمعوا مِن قَبائِل الذِين حفَروا الْبِئْر ربع الديةِ ، وثُلُثَ الديةِ ونِصفَ الديةِ ، والديةَ كَامِلَةً ، فَلِلْأول الربع لِأنه هلَك من فَوقَه ، وللثانِي ثُلُثُ الديةِ وللثالِثِ نِصفُ الديةِ ، فَأبوا أَن يرضوا ، فَأَتَوا النبي ﷺ وهو عِنْد مقَامِ إِبراهِيم ، فَقَصوا علَيهِ الْقِصةَ ، فَقَالَ : أَنَا أَقْضِي بينَكُم ، واحتَبى، فَقَالَ رجلٌ مِن الْقَومِ : إِن علِيا قَضى فِينَا ، فَقَصوا علَيهِ الْقِصةَ ، فَأَجازه رسولُ اللهِ ﷺ"[١] .

وجه الدلالة : أن المحكوم عليهم عندما لم يرضوا بحكم سيدنا علي- كرم الله وجهه ورضي عنه-، طعنوا فيه لدى النّبي ﷺ، فقبل النّبي ﷺ طعنهم ولم ير في القضية ما يستوجب نقض حكم سيدنا علي، فأجاز قضاءه .

٣. ما رواه الحاكم في المسألة المشتركة أو الحمارية أو الحجرية: عن زيد بن ثابت في المشتركة قال: " هبوا أن أباهم كان حماراً ! ما زادهم الأب إلا قرباً ، وأشرك بينهم في الثّلث"[٢].

وجه الدلالة: أن الأخوة الأشقاء طعنوا في حكم عمر- رضي الله عنه-، بحرمانهم من ميراث شقيقهم ، وتوريثه لأخوته لأمه، فقبل- رضي الله عنه- طعنهم وعده طعناً مشروعاً قام على إثره بتعديل الحكم المعترض عليه .

وذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط الادعاء من قبل المحكوم عليه لنقض الحكم وإبطاله في حقوق العباد، أما في حقوق الله كالعتاق والطلاق فلا يشترط ذلك وللقاضي نقضه وإبطاله دون اعتراض؛ لأن له النّظر في حقوق الله سبحانه[٣] , أما ما يتعلّق بحقّ آدمي , لم ينقضه إلا بمطالبة صاحبه ; لأن الحاكم لا يستوفي حقّاً لمن لا ولاية عليه بغير مطالبته[٤].

كما أجاز فقهاء الشّريعة تكرار الطّعن في الحكم[٥]، جاء في الفتاوى الهندية أن المحدود في القذف، إذا قضى قبل التّوبة فالقاضي الثّاني يبطل قضاؤه لا محالة حتى لو نفذ ثم رفع إلى قاضٍ ثالث فله أن ينقضه; لأنّه لا يصلح قاضياً بالإجماع فكان القضاء من الثاني مخالفاً للإجماع فكان باطلاً، وأما إذا كان بعد التّوبة فلا ينفذ قضاؤه عند الحنفية، لكن لقاضٍ آخر أن ينفذه حتى

---

(١) ابن أبي شيبة ، **المصنف** ، حديث رقم ٢٧٨٧٢ ، البيهقي ، **السنن الكبرى**، حديث رقم ١٦١٧٥.

(٢) البيهقي ، **السنن الكبرى**، حديث رقم٧٩٦٩ وقال : هذا حديث صحيح الإسناد و لم يخرجاه

(٣) ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٠٦

(٤) الشافعي، **الأم**، ج٨، ص٤٠٨ ، ابن قدامة، **المغني**، ج١٠، ص١٠٦

(٥) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨٨

لو نفذه قاضٍ آخر ثم رفع إلى قاضٍ ثالث ليس للثالث أن يبطله , كذا في أدب القاضي للخصاف[١].

الطّعن في الأحكام في القانون:

تعد الأحكام القضائية الابتدائية مشكوكاً في صحتها لحين ثبوت العكس وذلك باستنفاذها جميع وسائل الطّعن في الأحكام التي حددها القانون، فإذا استنفذت الأحكام طرق الطّعن أصبحت قطعية وتحوز على قوة الأمر المقضي، ويجوز تنفيذها ، ويوجد عدة طرق للطّعن في الأحكام في القانون، وقد تم تقسيم طرق الطّعن إلى طرق عادية ، وهي التي لا يتوقّف الطّعن من خلالها على أسباب معينة أو محددة، وإنّما يمكن الطّعن فيها لكل عيب يشوب الحكم، وطرق غير عادية والتي لا يجوز الطّعن من خلالها إلا لأسباب معينة ومحددة[٢]، وتقسم الطّرق العادية للطّعن في الأحكام إلى الاعتراض على الحكم الغيابي، ويسمى الاعتراض العادي والاستئناف. وتقسم طرق الطّعن غير العادية إلى اعتراض الغير، وإعادة النّظر في المحاكمة .

ويعرف الطّعن في الأحكام بأنّه: الوسائل التي حددها القانون على سبيل الحصر التي بمقتضاها يتمكّن الخصوم من التظلّم من الأحكام الصادرة عليهم بقصد إعادة النّظر فيما قضت به، فحصر القانون طرق الطعن بالطرق العادية وهي المعارضة والإستئناف، وأما الطعن بالطرق غير العادية فهي التماس إعادة النظر والطعن بالنقد[٣].

المسألة الأولى: الاعتراض

ويقسم الاعتراض إلى اعتراض على الحكم الغيابي، واعتراض الغير، أي اعتراض الشّخص الذي لم يمثّل في الخصومة ولكنّه يتضرر من جراء تنفيذ الحكم، وحيث إنّه يتصل بتنفيذ الأحكام فسيتم بحثه في الفصل الرابع في مبحث التدابير لحماية الغير، كما عد فقهاء القانون اعتراض الغير من الطّرق غير العادية في الطّعن بالأحكام .

---

(١) نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، ج٣، ص٣٦٢ القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق**، ج٤، ص٨١

(٢) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٨٢

(٣) بديوي، **قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٨٨

الاعتراض على الحكم الغيابي:

عد الفقهاء الاعتراض على الحكم الغيابي دعوى من قبل المحكوم عليه غياباً لدفع دعوى المدعي، ونقض الحكم الذي صدر ضده، وحيث يشترط في الحكم على الغائب أن تثبت دعـوى المدعي بالبينة؛ فيجب أن يستند الاعتراض إلى أسباب مقبولة شـرعاً، ولا يقبـل منـه مجـرد الاعتراض[١] .

فقد اتّفق جمهور الفقهاء المجيزين القضاء على الغائب، أن للغائب المحكوم عليـه حـقّ الاعتراض على الحكم الغيابي الذي صدر ضده عند حضوره[٢]، يقول الدسوقي: "القاضي له أن يسمع البينة على الغائب ويحكم عليه، وإذا جاء سمى له البينة وأعذر له فيها، فإن أبدى مطعنـاً نقض الحكم وإلا فلا"[٣].

فإذا حضر المحكوم عليه غياباً إلى المحكمة وتشبث بدعوى صالحة لدفع دعوى المـدعي تسمع دعواه وتفصل على الوجه الشّرعي، كما إذا دفع الدعوى بقولـه : كنـت أديـت المبلـغ المحكوم به للمدعي، أو أن المدعي كان أبرأني منه أو كان أبرأني من كافّة الدعاوى[٤].

وإن لم يتشبث المحكوم عليه غياباً بدفع الدعوى، أو تشبث ولم يكن تشبثه صالحاً للـدفع، ينفذ ويجري الحكم الغيابي، كما إذا أنكر المدعى عليه في اعتراضه الذي قدمه ضد الحكم فـلا يعد هذا الإنكار دفعاً ولا يلزم استماع الشّهود مرة ثانية[٥].

كما يمكن أن يكون سبب الاعتراض مطعناً في شهادة الشّهود، كطعنه بالشّهود أن لهم كذا جر مغنم، أو كذا دفع مغرم، فله أن يدفع الحكم المذكور وتجري المعاملة في حقّ هذه الدفوع[٦]، يقول أشهب : "ينبغي للقاضي إذا سجل بين الخصمين أن يذكر في الكتاب أسماء الشّهود، فـإن

---

(١) الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ج٦، ص٥١٠

(٢) الأصبحي، **المدونة**، ج٤، ص١٥ ، الأنصاري، أبو يحيى زكريا، **الغرر البهية في شرح البهجة الورديـة**، المطبعة اليمنية، ج٥، ص٢٤٠ ، الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٤، ص١٥٨ ، حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨١

(٣) الدسوقي، **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ج٤، ص١٥٨

(٤) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨١، الأصبحي، **المدونة**، ج٤، ص١٥

(٥) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨٢

(٦) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨٢

لم يفعل حتى أوقع الحكم فالأحب إلي أن يبدل الكتاب , فإن لم يفعل حتى عزل أو مات نفذ الحكم إلا على الغائب ; لأنّه إن قدم فقال - من الشّاهد علي - فإن عندي تجريحه فالقضية مـردودة , والخصومة مؤتنفة , والبينة معادة"[١] .

الاعتراض العادي في القانون

تُعد المعارضة وسلية للطّعن في الأحكام الغيابية، أي التي تصدر في غيبة المحكوم عليه، وهي طريقٌ عادي للطّعن أمام المحكمة التي أصدرته[٢]، رغم أن القوانين لم تَعد تجيزها كقاعدة عامة بالنّسبة لكافّة الأحكام[٣].

وتُعد المعارضة طريقاً عادياً للطّعن في الأحكام؛ لأن القانون لـم يحـدد أسـباباً معينـة للمعارضة، بل يجوز الطّعن في المعارضة بسبب أي عيب قانوني أو واقعـي يشـوب الحكـم الغيابي[٤] .

ويخضع هذا الطّريق من طرق الطّعن لميعاد محدد حسب القوانين، والحكم الصادر فـي المعارضة لا يقبل المعارضة لا من الطّاعن ولا من المعارض ضده، وتكون أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الغيابي، ويتعين أن تراعى فيه الأوضاع المقررة لصحيفة افتتاح الـدعوى مـع بيان الحكم المعارض فيه وأسباب المعارضة وإلا كانت باطلة، ويعد المعارض في حكم المدعي بالنّسبة لسقوط الخصومة في المعارضة أو تركها، فإن غاب في الجلسة الأولى حكمت المحكمـة من تلقاء نفسها باعتبار الخصومة كأن لم تكن لضمان جديتها[٥].

المسألة الثانية: استئناف الحكم

الاستئناف لغة: استأْنَفْت الشيء أَخَذْت فِيهِ وابتَدأْته وأَتْنَفْتُه كذَلِك[٦].

---

(١) ابن فرحون، **تبصرة الحكام** ، ص٩٨-٩٩

(٢) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام** ، ص٥٠١-٥٠٢

(٣) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٨٢

(٤) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٨٢

(٥) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام** ، ص٥٠١-٥٠٢

(٦) الفيومي، **المصباح المنير**، ص٢٧

الاستئناف إصطلاحاً: طريق من طرق الطّعن، يلتمس فيها المتضرر من الحكم نقض الحكم، أو تعديله لصالحه، وقلنا المتضرر؛ لأن المستأنف إما أن يكون المحكوم له أو المحكوم عليه، فإذا كان المحكوم عليه فله- اعتباراً من تاريخ تبليغ الإعلام له بموجب الأصول- أن يعترض على الحكم بظرف ثلاثة أشهر، فإذا اعترض بعد ذلك فلا يسمع اعتراضه[1]، ويوجد طريقان لاستئناف الحكم القضائي :

أولهما: تدقيق الحكم الصادر ابتداء دون إجراء المرافعة، يقول حيدر: إذا ادعى المحكوم عليه بأن الحكم الذي صدر في الدعوى ليس موافقاً لأصوله المشروعة، وبين للقاضي جهة عدم موافقته لأصوله المشروعة، وطلب استئناف الدعوى أي طلب تدقيق الحكم الذي صدر ابتداء ثانية، فيدقق الحكم استئنافا حسب طلبه ويحقّق استئنافا في الحكم الذي صدر ابتداء فإذا وجد موافقاً لأصوله يصدق، وبذلك يظهر أن ادعاء المحكوم عليه أن الحكم غير موافق لأصوله المشروعة غير حقيقي[2].

ثانيهما: إعادة المرافعة, يقول حيدر: وإذا عرض حكم قاضٍ على قاضٍ آخر وجرت المرافعة الشّرعية في حضور القاضي الثاني فدقّق القاضي في الحكم وظهر له أن الحكم الأول موافق للشّرع وصدق الحكم فيسمى هذا التصديق تنفيذاً[3] .

فإذا ظهرت صحة الحكم الأول فيصدق وينسب الحكم بعد الاستئناف إلى الحكم الابتدائي بعد التّصديق رغم نظره من قبل محكمة الاستئناف، أو من قبل قاضٍ آخر مرافعة؛ لأن فسخ الحكم الموافق للشّرع والحكم ثانية كالحكم الأول ليس فيه فائدة بل يكون اشتغالاً بالعبث، أما إذا ظهر أن الحكم غير موافق لأصوله المشروعة فيستأنف أي أنّه يبطل الحكم الأول ويفصل في القضية حسب أصولها المشروعة [4] .

كما أن القاضي المستأنف إليه الحكم ينظر في جميع إجراءات الدعوى، ويتم فسخ الدعوى سواء كانت عدم الموافقة لأسباب ذكرها المحكوم عليه، أو كانت الأسباب التي بينها المحكوم عليه غير واردة، وتحقّق أنّه غير موافق للأصول من جهة أسباب أخرى لم يبينها المحكوم عليه فيبطل الحكم الأول؛ لأن الحكم غير الموافق للأصول هو مخالف لحكم العدالة وظلم، وإزالة

---

(١) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٩٢

(٢) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨٦

(٣) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨٦

(٤) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٨٦

الظّلم واجبة وتقريره وتثبيته حرام . وقد وضع في زماننا أصولاً لكيفية استئناف الأحكام الشّرعية [١] .

كما أنّه لا تنفذ الأحكام الصادرة في حقّ الأيتام والمجانين والمعتوهين والأوقاف قبل تمييزها، كذلك إذا ميز الإعلام المتعلّق بالمخالعة والطّلاق وفسخ النّكاح، يفرق بين الزوجين لنتيجة التمييز، ويمنعا من جميع المعاملات الزوجية، ولا يعطى للزوجة إذن بالزواج من آخر لنتيجة التمييز[٢] .

الاستئناف في القانون

يعد الاستئناف طريقاً عادياً وأصلياً لتصويب الأحكام، علاوة على أنّه الوسيلة لاستعمال حقّ التّقاضي على درجتين، وهو جائز بالنّسبة للأحكام غير الانتهائية ضمن المدة التي يحددها القانون له[٣] .

والأصل أن جميع الأحكام الصادرة عن محاكم الدرجة الأولى قابلة للطّعن في الاستئناف ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فكلّ حكم يصدر في نزاع يتجاوز النّصاب الانتهائي للمحكمة من محكمة أول درجة يقبل الطّعن بالاستئناف، والاستثناء هو حظر الطّعن، ويعتبر حكم محكمة أول درجة انتهائيا إذا لم تتجاوز قيمة الطّلب موضوع الحكم النّصاب الانتهائي للمحكمة التي أصدرته[٤].

وتحكم محكمة الدرجة الثّانية في الاستئناف كقاعدة عامة على مقتضى الأوراق المرفقة في ملفّ الدعوى ولا تجري من التّحقيقات إلا ما ترى لزوماً لإجرائه[٥].

---

(١) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٩٠

(٢) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٩٢

(٣) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات في الإسلام** ، ص٥٠٣

(٤) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات في الإسلام** ، ص٥٠٣

(٥) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات في الإسلام** ، ص٥٠٩

ويتّفق الطّعن بالاستئناف مع المعارضة في أنّه طريق عادي من طرق الطّعن فلا يشترط له أسباب معينة، كما أن الطّعن في أي منها يوقف تنفيذ الحكم كقاعدة عامة، لكنّهما يختلفان من أوجه كثيرة، فالمعارضة خاصة بالأحكام الغيابية وترفع أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، على عكس الاستئناف الذي يرفع لمحكمة أعلى[١].

المسألة الثالثة: إعادة المحاكمة

وبنى الفقهاء مسألة إعادة المحاكمة على ما سبق بحثه من مسألة جواز وقبول الدفع بعد الحكم، وحتى بعد تنفيذه، فإذا بين وقدم المحكوم عليه في دعوى سبباً صالحاً لدفع الدعوى وادعى دفع الدعوى وطلب إعادة المحاكمة يسمع ادعاؤه هذا في مواجهة المحكوم له وتجري محاكمتهما في حقّ الخصوص المذكور، فإذا ثبت دفعه يفسخ ويبطل الحكم الأول ويمنع المدعي من معارضة المدعى عليه، فمثلاً إذا ادعى أحد الدار التي هي في تصرف الآخر بأنّها موروثة له من أبيه وأثبت ذلك، فحكم القاضي له بالدار المذكورة، ثم ظهر بعد الحكم ببينة عادلة أو سند معمول به يبين أن والد المدعي كان قد باع الدار المذكورة إلى والد ذي اليد، تُسمع دعوى ذي اليد وإذا أثبت ذلك انتقض الحكم الأول واندفعت دعوى المدعي[٢] .

والبعض أوجب لقبول إعادة المحاكمة استناد المدعي إلى أمر خفي عليه، فإذا كان ما يستند عليه الدافع خفياً، ولم يمكن الحصول عليه وقت السير في الدعوى، كان الدفع مقبولاً، وإذا كان الشيء الذي يستند عليه غير خاف فلا يقبل منه بعد الحكم [٣].

وتقبل دعوى إعادة المحاكمة عند الفقهاء في المحاكم الشّرعية ما لم يكن القاضي ممنوعاً من سماعها بوقوع مرور الزمن، كذلك إذا ادعى أحد على آخر قائلاً : إن لي في ذمتك حقّاً كذا ديناراً، فأجابه قائلا: إنّك وكّلت فلاناً بقبض المبلغ المذكور منّي، وإنّني قد أديت المبلغ المذكور للشّخص المذكور، فأنكر المدعي التّوكيل وعجز المدعى عليه عن الإثبات وحلف المدعي اليمين وحكم على المدعى عليه بعد ذلك بدفع المبلغ المذكور، وأخذ المحكوم له من المحكوم عليه

---

(١) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات في الإسلام** ، ص٥٠٣

(٢) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٩٤

(٣) الابياني، محمد زيد، **مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية**، ط٣، ١٩٢٤، ص٤٨

المبلغ المحكوم به، فإذا أقام المحكوم عليه بعد ذلك البينة على التّوكيـل فلـه اسـترداد المبلـغ المحكوم عليه[١].

ويستثنى من قبول إعادة المحاكمة ما يستثنى من المسائل التي لا يصح دفع الدعوى بعـد الحكم بها وهي[٢] :

أولاً: المسائل المخمسة، فلذلك إذا ادعى أحد بالمال الذي في يد آخر وأثبت أنّه مالـه، أو أخذه من المدعى عليه بعد الحكم، فإذا ادعى المحكوم عليه بعد ذلك أن المال المذكور وديعة في يده وأثبت ذلك فلا يقبل ادعاؤه.

ثانياً: لو ادعى أحد أنّه ابن عم لأبوين للمتوفّى، وطلب الميراث، وأثبته، وحكم القاضـي بذلك، فادعى المدعى عليه بعد الحكم أن المدعي قد أقر بأنّه عم لأم للمتوفى فـلا يسـمع هـذا الادعاء بعد الحكم لتأكّده بالقضاء، أما قبل القضاء فيسمع.

إعادة المحاكمة في القانون:

التماس إعادة النّظر طعن غير عادي، يرفع إلى المحكمة التي أصدرت الحكـم الملـتمس فيه، فالالتماس لا يعد درجة من درجات التّقاضي، ولا يجوز إلا لأسـباب معينـة وردت فـي القانون على سبيل الحصر[٣] .

ويشترط للالتماس أن يكون الحكم الملتمس فيه قد صدر انتهائيـاً مـن المحكمـة التـي أصدرته، أي في حدود النّصاب الانتهائي لها، وتعد الأحكام الصادرة من ثاني درجة مـن هـذا القبيل لأنّها لا تقبل للطّعن بطريق عادي.

والحكم الذي يصدر برفض الالتماس أو الحكم الذي يصدر في موضوع الدعوى بعد قبوله لا يقبل أيهما الطّعن بالالتماس، وإن كان يجوز الطّعن فيه بالطّريق المقرر للطّعن في الأحكـام

---

(١) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٩٤

(٢) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤ ص٦٩٤

(٣) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٥٢٠

الصادرة من المحكمة التي أصدرت الحكم طبقاً للقواعد العامة ، فيجوز الطّعن فيه في الاستئناف إذا كان صادراً من محكمة أول درجة في غير نصابها الانتهائي[١] .

(١) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٥٢٠-٥٢١

المطلب الثاني

الإجراءات التحفظية

هي إجراءات لا تهدف إلى الوصول لحكم فاصل في الدعوى كما هو الحال في الإجراءات العادية، وإنّما تهدف للاحتياط لتنفيذ الحكم، وتكون هذه الإجراءات منصبة إما على أطراف الدعوى كما هو الحال في الملازمة ومنع السفر، وإما على الأموال كما في الحجز.

الفرع الأول: ملازمة المدعى عليه

وهو إجراء تحفظي دون الحبس، والمقصود بملازمة المدعى عليه أو المدين، تتبعه ومراقبته ومنعه من الهرب من غير أن يمنعوه من الكسب , فإذا رجع إلى بيته فأذن لهم بالدخول, دخلوا معه, وإلا منعوه من الدخول(١)، ولا يمنع من دخول منزله للغداء والغائط والبول, فإن أعطاه الذي يلازمه الغداء وموضع الخلاء فله أن يمنعه من إتيان منزله(٢).

المسألة الأولى: مشروعية الملازمة

١. قوله تعالى : {**ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤده إليك إلا ما دمت عليه قائما ذلك بأنهم قالوا ليس علينا في الأميين سبيل ويقولون على الله الكذب وهم يعلمون** }(٣).

وجه الدلالة قال مجاهد وقتادة : " إلا ما دمت عليه قائما بالتّقاضي " . وقال السدي : إلا ما دمت قائما على رأسه بالملازمة له " . واللفظ محتمل للأمرين من التّقاضي ومن الملازمة وهو عليهما جميعاً . وقوله تعالى : { **إلا ما دمت عليه قائما** } بالملازمة أولى منه بالتّقاضي من غير ملازمة , وقد دلّت الآية على أن للطالب ملازمة المطلوب بالدين(٤) .

---

(١) ابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص٢٩١

(٢) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج١، ص٦٥٢

(٣) سورة آل عمران، الآية ٧٥

(٤) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج٢، ص٢٨

٢. عن عائشة: { أن رسول الله ﷺ اشترى من أعرابي بعيراً إلى أجل , فلما حلّ الأجل جـاءه يتقاضاه, فقال: جئتنا وما عندنا شيء, ولكن أقم حتى تأتي الصدقة، فجعل الأعرابي يقـول: واغدراه فهم به عمر, فقال ﷺ : دعه فإن لصاحب الحقّ مقالاً }[(١)].

وجه الدلالة: قوله ﷺ إن لصاحب الحقّ مقالاً، فدلّ ذلك على أن الإعسار بالـدين غيـر مـانع اقتضاءه ولزومه به. وقوله (أقم حتى تأتي الصدقة) يدلّ على أن النّبي إنّما اشترى البعير للصدقة لا لنفسه، لأنّه لو كان اشتراه لنفسه لم يكن ليقضيه من إبل الصدقة ; لأنّه لـم يكـن تحل له الصدقة[(٢)].

٣. عن النّبي ﷺ أنّه قال : { لصاحب الحقّ اليد واللسان }. رواه محمد بن الحسن , وقـال : { في اليد اللزوم وفي اللسان الاقتضاء }[(٣)] .

٤. عن ابن عباس: { أن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير , فقال له : والله ما عنـدي شـيء أقضيكه اليوم، قال: والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل يتحمل عنك، قـال: والله ما عندي قضاء ولا أجد من يحتمل عنّي، قال: فجاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسـول الله إن هذا لزمني فاستنظرته شهراً واحداً فأبى حتى أقضيه أو آتيه بحميل , فقلت: والله ما أجد حميلاً ولا عندي قضاء اليوم, فقال رسول الله ﷺ: هل تنظره شهراً واحداً ؟ قال: لا. قـال: أنا أحمل بها فتحمل بها رسول الله ﷺ فذهب الرجل فأتاه بقدر ما وعده , فقال له رسول الله ﷺ: من أين أصبت هذا الذهب ؟ قال: من معدن, قال: اذهب فلا حاجة لنا فيها لـيس فيهـا خير فقضى عنه رسول الله ﷺ }[(٤)] .

---

(١) البخاري، **صحيح البخاري**، حديث رقم:٢١٨٣

(٢) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج١، ص٦٥٢

(٣) الدار قطني، **سنن الدار قطني**، ج٧ ، ص ١٠٣

(٤) أبو داود، **سنن أبي داود**، حديث رقم ٣٣٢٨، قال الشيخ الألباني :صحيح، ج٧ ص٦٩

المسألة الثانية: حكم الملازمة

وقد اتّفق الفقهاء في الجملة على جواز ملازمة الدائن للمدِين، في الدين الحال الذي يجوز له مطالبته به [١].

واختلاف الفقهاء فيما إذا ثبت إعسار المدين وأطلق من الحبس, هل يحول بين الطالب وبين لزومه، على قولين:

القول الأول: أن ثبوت الإعسار لا يحول دون الدائن وملازمة المدعى عليه، وذهب إليـه الحنفية [٢].

واستدلّ أصحاب هذا القول بجميع الأحاديث النّبوية الآنفة الذّكر فـي مسـألة مشـروعية الملازمة، ووجه الدلالة فيها أنّه ﷺ أقر الملازمة مع كونه والمدين كانا معسرين، وكما استدلوا بأن المطالبة واللزوم لا يسقطان عن المعسر، كما لم تسقط عنه المطالبة بالموت[٣] .

القول الثاني: بثبوت إعسار المدين فلا يجوز للدائن ملازمته، وذهـب إليـه المالكيـة[٤] والشّافعية[٥]، والحنابلة[٦] .

واستدلّ اصحاب هذا القول بما يلي:

١. لقوله الله تعالى: { **وإن كان ذُو عسرةٍ فنَظِرةٌ إلى ميسرةٍ وأن تَصدقُوا خَير لكُـم إن كُنْـتُم تَعلَمون** }[٧] . ومن وجب إنظاره حرمت ملازمته كمن دينه مؤجل[٨] .

---

(١) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٧، ص١٧٤، الحطاب، **مواهب الجليـل شـرح مختصـر خليل**، ط٢، دار الفكر، ج٥، ص٣٧ ، الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهـاج**، ج٥، ص١٤٤ ، ابـن قدامة، **المغني**، ج٤، ص٢٩٥

(٢) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٧، ص١٧٤ .

(٣) الجصاص، **أحكام القرآن**، ج١، ص٦٥٢ وما بعدها

(٤) عليش، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، ج٦، ص٥٤ ، الحطاب، **مواهب الجليل شرح مختصـر خليـل**، ط٢، دار الفكر، ج٥، ص٣٧

(٥) الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ج٥، ص١٤٤

(٦) ابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص٢٩١

(٧) البقرة، الآية ٢٨٠

(٨) ابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص٢٩١

٢. ما ثبت أن النّبي ﷺ قال لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها, فكثر دينـه : { خـذوا مـا وجدتم , وليس لكم إلا ذلك . }[١]

٣. أن من ليس لصاحب الحقّ مطالبته , لم يكن له ملازمته , كما لو كان دينه مؤجلا[٢].

الفرع الثاني: منع السفر

وهو إجراء تحفّظي شبيه بإجراء الملازمة؛ يهدف إلى حفظ حقّ المدعي المتوقّع الحكم له من هروب المدعى عليه مما قد يحكم عليه من الحقّ المدعى به.

فقد اتّفق الفقهاء على جواز طلب الدائن من القاضي منع سفر المدين بالدين الحال؛ لأن له الحق في مطالبته بأدائه[٣]. وأضاف الشافعية شرط جواز ذلك بأن يكون المدين موسراً [٤] .

وأجاز المالكية والحنابلة طلب منع السفر ولو قبل حلول الأجل، إن كان الأجل يحلّ قبـل قدومه , مثل أن يكون سفره إلى الحج لا يقدم إلا في صفر , ودينه يحـلّ فـي المحـرم أو ذي الحجة , فله منعه من السفر; لأن عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله[٥].

أما عند الحنفية[٦] والشافعية[٧] فلا يمنع من السفر قبل حلول الأجل سواء بعـد محلّـه أو قرب ; لأنّه لا يملك مطالبته قبل حلّ الأجل, ولا يمكن منعه ولكن له أن يخرج معه حتى إذا حلّ الأجل منعه من المضي في سفره إلى أن يوفيه دينه .

ويقاس كل حق مدعى به على الدين الحالّ، حيث أجاز الفقهاء ذلك في الدين الحال لجواز طلب الدائن الدين من المدين، وصرح الشّافعية بأن يكون طلب منع السفر بعد الرفع للقاضي[٨]،

---

(١) مسلم، **صحيح مسلم**، حديث رقم ١٥٥٦، ج٤، ص٢٩١

(٢) ابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص٢٩١

(٣) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، ج٧، ص١٧٤، الحطاب، **مواهب الجليل شـرح مختصـر خليل**، ط٢، دار الفكر، ج٥، ص٣٧ ، الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهـاج**، ج٥، ص١٤٤ ، ابـن قدامة، **المغني**، ج٤، ص٢٩٥

(٤) ابن حجر، **الفتاوى الفقهية الكبرى**، ج٣، ص٤٩

(٥) ابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص٢٩٥

(٦) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٧، ص١٧٤

(٧) الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ج٥، ص١٤٤

(٨) الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ج٥، ص١٤٤

وقد صرح ابن قدامة بمنع السفر بكل حقّ فيقول: "ومن أراد سفراً وعليه حقّ يستحقّ قبل مـدة سفره فلصاحب الحقّ منعه"[(١)].

وحيث إن هدف المنع من السفر احتياطاً لحقّ المانع، فقد اتّفق الفقهاء على أن المـدين إذا أقام كفيلاً مليئاً , أو دفع رهناً يفي بالدين, فله السفر ; لأن الضرر يزول بذلك[(٢)].

الفرع الثالث: الحجز الإحتياطي

الحجز لغة: المنع، والحجاز موضع معروف لأنّه حجز أي فصل بين الغور ونجد وقيـل بين الغور والشّام وبين البادية [(٣)] .

أجاز الفقهاء الحجز على أموال المدين بعد ثبوت الدين لبيعها ووفاء الدائن بدينـه، ولـم يجيزوا الحجز التحفظي، بقصد الإحتياط قبل ثبوت الحقّ[(٤)]،وقد صرح بعض الفقهاء بـذلك[(٥)]، وبذلك يقول ابن نجيم: "ليس للقاضي أن يمنع ذا اليد عن التّصرف في الضيعة بالدعوى وطلـب المدعي ذلك"[(٦)].

وربما لم يجز الفقهاء الحجز التحفّظي أو الاحتياطي لوجود البديل عنه، فقد أجاز الفقهـاء الحجر على المدين المفلس وعلى السفيه[(٧)]، وهو مقارب لمعنى الحجز على الأموال، فهو المنـع من التّصرف في المال، وفي التّوضيح منع المالك التّصرف في ماله لمنفعة نفسه أو غيره[(٨)].

---

(١) ابن قدامة، **المغني**، ج٤، ص٢٩٥

(٢) الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج٧، ص١٧٤، الحطاب، **مواهب الجليـل شـرح مختصـر خليل**، ط٢، دار الفكر،ج٥، ص٣٧ ، الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهـاج**، ج٥، ص١٤٤ ، ابـن قدامة، **المغني**، ج٤، ص٢٩٥

(٣) المطرزي، **المغرب**، ص١٠٥

(٤) ابن عابدين، **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية**، ج١، ص٣٠٠ ، ابن فرحـون، **تبصـرة الحكـام**، ص٢٠٦-٢٠٧ ، الرملي، شهاب الدين أحمد بن حمزة الأنصاري الشافعي, والرملي نسبة إلى رملة المنوفية بمصر،(ت:٩٥٧هـ). **فتاوى الرملي**، المكتبة الإسلامية، ج٢، ص١٨١-١٨٢،

(٥) أنظر: الأصبحي، **المدونة**، ج٤، ص٥٣

(٦) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٣

(٧) الجمل، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب(المعروف بحاشية الجميل)**، ج٣، ص٢٨١

(٨) عليش، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، ج٦، ص٨٣

وفي الحجز لاستيفاء الدين الثّابت قيد الفقهاء ما يجوز حجزه وبيعه، فيقول ابن فرحـون: وإذا زعم الطّالب أن في مسكن غريمه وفاء حقّه , قال ابن سهل في الأحكام : وقد شاهدت الفتيا والحكم بطليطلة , إذ دعا الطالب إلى تفتيش مسكن المطلوب عند ادعائه العدم أن يفتّش مسـكنه, فما ألفي فيه من متاع الرجل بيع عليه وأنصف الطالب, لا يختلف فقهاؤهم في ذلك, وكنت أنكره على أكثرهم فاستبصروا فيه ولم يرجعوا عنه، فسألت ابن عتاب عنه فأنكره ولم يـره, وكـذلك أنكره ابن مالك وقال لي: أرأيت إن كان الذي يلفى في بيته ودائع ؟ فقلت: ذلك محمول عنـدهم على أنّه ملكه حتى يثبت خلافه, فقال: يلزم إذاً توقيفه والاستثناء به حتى يعلم هل له طالب أم لا ؟ وأعلمت ابن القطّان بذلك فقال لي: ما يبعد ولم ينكره وأنا أراه حسنا فـيمن ظـاهره الإلـداد والمطل واستسهال الكذب[1] .

الإجراءات الإحتياطية، أو التحفّظية في القانون

أخذت القوانين الوضعية بالإجراءات الإحتياطية أو التحفّظية، من مثل منع السفر، والحجز الاحتياطي على الأموال، إلا أن إجراء الملازمة لم تأخذ به القوانين الوضعية، وربما اسـتبدلته بالحبس الاحتياطي، فأجازت القوانين الوضعية الحبس الاحتياطي، وهو إجراء مـاس بالحريـة شُرع لمصلحة التّحقيق بأمر يصدر من القاضي المختص، أو النّيابة العامة في جـرائم معينـة، تسلب بمقتضاه حرية المتّهم بإيداعه السجن لمدة معينة[2].

وبينما يرى فريق من فقهاء القانون أن الحبس الإحتياطي يعد مساساً بقرينة براءة الذمـة، يرى آخرون أنّه لا تعارض بينهما، وذلك لأن قرينة براءة الذمة ما هي إلا قاعدة إثبـات مـن مقتضاها أن يكون عبء إثبات التّهمة المنسوبة للمتّهم على جهة الادعاء[3].

---

(١) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ص٢٠٦-٢٠٧

(٢) فرج، وجدي، (٢٠٠٦)**. الحبس الاحتياطي** والإفراج الوجوبي والجوازي من الناحيتين العلميـة والعمليـة، ط٢، أإوليد حيدر للنشر والتوزيع، ص٢٦

(٣) حافظ، مجدي، (٢٠٠٤). **الحبس الاحتياطي** ، دار الكتب القانونية، مصر، ص٢٦

الفصل الرابع

آثار الخصومة، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حسم النّزاع

المبحث الثاني: التّنفيذ

المبحث الثالث: تغيير صفة الشّيء المحكوم به

المبحث الأول

حـــسم الــنّــزاع

إذا لُجئ للقضاء للبت في النّزاع على الحقّ ، فإن هذا اللجوء يشكّل خصومة بين أطرافه، ومن الآثار التي ترتّبها هذه الخصومة على القضاء وجوب فصلها، سواء كـان فصـلها أمـام القضاء مؤقّتا دون حسم النّزاع بين أطرافها على الحقّ المتنازع فيه، أي أن النّزاع على الحـقّ المتنازع فيه يبقى قائماً، وإما بفصلها كلياً بحسم هذا النّزاع وبيان صاحب الحقّ المتنازع فيه .

فالباعث على الخصومة أمام القضاء هو ادعاء حقّ للمدعي على المدعى عليه، في ظاهر الأمر، فإذا ثبت هذا الحقّ بالوسائل الشّرعية وتوفّرت شروطه وانتفت موانعـه، فيجـب علـى القاضي القضاء به للمدعي، ولا يجوز له تأخير هذا الحكم دونما سبب[١]، ويعد من تأخير الحكم تأخير من حضر إليه بخصومة، يقول ابن فرحون: " وليس للقاضي تأخير الخصوم إذا تنازعوا إليه إلا من عذر. ولا يجوز له أن يحجب إلا في أوقات الاستراحة" [٢].

وعند أهل القانون لا يجوز للقاضي بأي حال من الأحـوال غيـر المنصـوص عليهـا والموجِبة للتّنحي والرد أن يمتنع عن الحكم، وإذا فعل يعرض نفسه لعقوبة إنكار العدالة .

كما أنّه يتوجب عند أهل القانون على القاضي أن يفصل في النّزاع، ومن المعلـوم أن أي قانون لا يمكن أن يحيط بجميع الوقائع. فإذا لم يجد القاضي نصاً لحكم الواقعة التي هو بصـدد فصل النّزاع فيها، فهل يكون معذورا في التوقّف عن فض النّزاع ؟ لا يكون ذلك للقاضي حيث عمل واضعو القانون على تلافي ذلك، حيث إن على القاضي إذا لم يجد حكما في التّشـريع ولا في العرف ولا في مبادئ الشّريعة الإسلامية، أن يحكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة[٣]، ويقول عبد الفتاح عبد الباقي عن فكرة القانون الطبيعي: فلا بد من التّسليم بأنّها فكرة

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١١٠، الزحيلي، **وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية**، ج٢، ص٦٢٢

(٢) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ج١، ص٤٦

(٣) يعرف القانون الطبيعي: (بأنّه مجموعة من القواعد العامة الأبدية السرمدية الخالدة التي أودعها الله في هـذا الكون والتي يكتشفها الإنسان هنا بالتّأمل فالتّعقل والتّفكير) عبد الباقي، **نظرية القانون**، ص٤٤

غير واضحة الحدود ولا بينة المعالم ، وأنّها لا يمكن بالتّالي أن ترد القاضي إلى ضابط يقيني . وتكون الفائدة العملية من إحالة القاضي إليها هي أن نقطع عليه سبيل النّكول عن القضاء[١].

وكان هذا توجه باقي القوانين، فجاء في القانون المدني السويسري: فيأذن للقاضي بأن يطبق في هذه الحالة ما كان يضع هو من القواعد لو عهد إليه بأمر التّشريع[٢]،كما أحال القانون المدني الإيطالي القاضي إلى المبادئ العامة في قانون الدولة [٣].

المطلب الأول : المقصود بحسم النّزاع

المدعي إما أن يظهر محقّاً في دعواه أو مبطلاً , فإذا ظهر محقّاً يقضى له بقضاء الاستحقاق أو قضاء الإلزام أو قضاء الملك، ويكون بإلزام القاضي المدعى عليه بأداء الحقّ للمدعي بما سبق بيانه من الصيغ المعتبرة في ذلك[٤]، ويكون فصل الخصومة بشكل يحسم فيه النّزاع، بحيث يتم تقرير الحقّ موضوع النّزاع لصالح أي طرف من أطراف الخصومة، ويكون هذا التّقرير تقريراً إيجابياً، بحيث يغير الحكم الحالة القانونية لأطراف الخصومة، سواء كان الحكم لصالح المدعي أو كان لصالح المدعى عليه، وتغيير الحالة القانونية المقصود به الواقع الذي يربط الخصوم بالحقّ ، وليس المقصود به المراكز القانونية لأن قضاء التّرك كذلك يغير المراكز القانونية للخصوم.

ولا داعي للتّدليل على ذلك بالنّسبة للحكم للمدعي لجلاء الأمر ووضوحه، أما بالنّسبة للمدعى عليه فإن ذلك يكون في حال الحكم له بما طلبه منه المدعي من حقّ بعد ثبوت دفع له على دعوى المدعي، فلو ادعى المدعي عقاراً بأن هذا العقار ملك له ورثه عن أبيه، فدفع المدعى عليه دعوى المدعي بأنّه كان قد اشترى هذا العقار من أبيه قبل وفاته وأثبت دفعه فيحكم له بملكية العقار، ويكون باكتسابه حكماً بملكيته للعقار قد اكتسب حالة قانونية وتقريراً لحقّه في العقار، والتي هي أقوى من اكتسابه لمركز قانوني لكونه تحول من مدعى عليه إلى مدعٍ[٥] .

---

(١) عبدالباقي، **نظرية القانون** ،ص٢٠٨

(٢) فقرة ٢ من المادة ١

(٣) م٢ من التقنين المدني الإيطالي الجديدة عبدالباقي، **نظرية القانون** ،ص٢٠٩

(٤) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٤

(٥) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ج١، ص٩٧

وإن ما يترتّب على حسم النّزاع من أثر هو البتّ في موضوع النّزاع بشـكل قطعـي، وعدم فتح باب الخصومة في نفس الموضوع ثانية، خلافاً لفصل الخصومة دون حسم النّـزاع، فإن باب الاختصام مرة أخرى يكون مفتوحاً .

حسم النّزاع في القانون:

ويكون حسم النّزاع في القانون من خلال الأحكام الموضوعية وهي التـي تفصـل فـي الطلبات والدفوع الموضوعية(١).

والتي تقسم من حيث وظيفتها إلى: حكم تقريري، وحكم إلزام، وحكم منشئ. فجميع هـذه الأنواع تعد حاسمة للنّزاع، لتعرضها للحقّ الموضوعي، بتأكيد وجود أو عدم وجـود حـق، أو مركز قانوني، أو واقع قانوني(٢)في الحكم التقريري(٣)، أو بتقرير حق، فينشأ عن هـذا التّقريـر تغيير مركز قانوني موضوعي سابق من خلال الحكم المنشئ(٤)، أو بإلزام المدعى عليه بـأداء معين يقبل التّنفيذ الجبري من خلال حكم الإلزام(٥).

وتعد هذه الأحكام من القضاء الموضوعي، ويترتّب عليها حجية الأمر المقضـي، ويبـدو أثرها في أي إجراءات جديدة يثار فيها الموضوع الذي سبق الفصل فيه(٦).

وتعد الأحكام الصادرة في الموضوع أحكاماً قطعية، ويكون الحكم قطعياً أو حاسماً عندما يحسم النّزاع في الخصومة التي صدر فيها، وقد يكون الحكم حاسماً أو قطعياً بالنّسـبة لـبعض النّزاع دون البعض الآخر(٧).

---

(١) راغب، **مبادئ الخصومة المدنية**، ص٣٦٩-٣٧٢

(٢) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٢١٩

(٣) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٤٠

(٤) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٢٣٤

(٥) والي، **قانون القضاء المدني**، ج١، ص٢٤٣

(٦) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٣٤

(٧) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٣٤

المطلب الثاني : طرق حسم النّزاع

والمقصود بطرق حسم النّزاع هي الوسائل التي وضعها المشرع لإظهار الحقّ وإثباته، وهي البينة في جانب المدعي على تفصيل بين الفقهاء فيما يعد من وسائل الإثبات، إلا أنّه ليس في جميع الأحوال متاح للمدعي القدرة على إثبات دعواه، لأن البينة أمر خارج عن يده، فالدعوى قول المدعي، أما البينة فهي قول الغير، لذلك كان لا بد من اللجوء لطريق آخر ولو أضعف في قوة الإثبات من البينة لإظهار الحقّ المدعى به بعد عجز المدعي عن إظهاره، فكان هذا الطّريق هو اللجوء إلى ضمير المدعى عليه عن طريق اليمين .

وعليه فإن جميع الوسائل المعتبرة شرعاً في الإثبات عدا عن اليمين الشّرعية هي وسائل حاسمة للنّزاع في حال ثبوت الحقّ بواسطتها، فقوله ﷺ: { البينة على المدعي } أي عليه أن يظهر ما يبين صحة دعواه، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطّرق حكم له.

وليس الحديث هنا عن مدى قوة وسيلة الإثبات، فإن أي وسيلة إثبات من قبل المدعي، ولو كانت ضعيفة في القوة، أو ضعيفة في الاحتجاج بها، وأثبت المدعي الحقّ بها عند من يعتبرها تكون حاسمة للنّزاع، وتكون أقوى من اليمين المتّفق على اعتبارها كوسيلة إثبات، حيث إن الثّبوت عن طريق اليمين لا يعد في الشّريعة الإسلامية طريقاً من طرق حسم النّزاع، رغم أنّه يؤدي إلى فصل الخصومة، لكن حسم النّزاع أقوى من فصل الخصومة، لأن حسم النّزاع يتضمن فصل الخصومة والعكس غير صحيح. يقول المرداوي: " اليمين تقطع الخصومة في الحال . ولا تسقط الحق . فللمدعي إقامة البينة بعد ذلك"(١)، ويقول البهوتي:" اليمين تقطع الخصومة في الحال ولا تسقط الحق فتسمع البينة بعد اليمين ولو رجع الحالف إلى الحق وأدى ما عليه قبل منه وحل لربه أخذه"(٢).

ومن هذه الوسائل الحاسمة للنّزاع اتّفق الفقهاء على اعتبار الإقرار والشّهادة والقسامة- على تفصيل بينهم في الكيفية- طرقاً من طرق إثبات الحقّ، وكما سبق ذكره فإنّه بالرغم من أن الخصومة لا تنعقد بالإقرار، إلا أن الإقرار وسيلة معتبرة في حسم النّزاع، بل يعد عند فقهاء الشّريعة الطّريقة الأقوى والأرضى من القضاء، يثبت الحقّ بها دون اتّصال حكم القاضي به؛ لأنّه من حيث ثبوت الحقّ يعد وسيلة الإثبات الأقوى، والظن فيه والشّبهة أقلّ من باقي الوسائل، فإن الإنسان لا يشهد على نفسه بزور، وقد يشهد على الآخرين بالزور .

---

(١) المرداوي، **الإنصاف**، ج١٢، ص١١٩

(٢) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦، ص٤٤٨

ورغم اتّفاق الفقهاء على اعتبار هذه الوسائل، فقد اختلفوا في كيفيـة الثّبـوت فـي هـذه الوسائل، ففي الشّهادة- على سبيل المثال- ذهب فريق أنّه يقضى بالشّاهد مع اليمين، بينما ذهب آخرون إلى أنّه لا يقضى باليمين مع الشّاهد، وتم الاختلاف كذلك في شهادة النّساء مع الرجـال، وفي شهادة النّساء منفردات، واختلف الفقهاء في حجية الكتابة كوسلية من وسائل الإثبات، وعلم القاضي، والقرائن، والقيافة ،وليس هنا مجال تفصيل هذه الوسائل فقد أُلفت فيها كتب عديدة .

طرق حسم النّزاع في القانون:

اختلف القانون عن الشّريعة اختلافاً جذرياً من حيث اعتبـاره اليمـين وسـيلة حاسـمة للنّزاع، وأطلق عليها اسم اليمين الحاسمة[1]، ففي القانون يتساوى فصـل الخصـومة بـاليمين الحاسمة بفصلها بباقي وسائل الإثبات، من حيث إن كلاً من هذه الوسائل تؤدي إلى حسم النّزاع، وسيتم بحث اليمين بشكل تفصيلي في المطلب القادم –إن شاء الله تعالى- .

المطلب الثالث : فصل الخصومة جزئياً دون حسم النّزاع

تم بيان طرق حسم النّزاع في المطلب السابق، وأن الأصل في إنهاء الخصومات أن يكون بحسم النّزاع، إذ إن هدف الخصومة- كما سبق بحثه- هو إنهاء النّزاع على الحقوق، وليسـت الخصومة في حد ذاتها هدفاً، إلا أنّه في بعض الحالات قد يتم فصل الخصـومة دون التّطـرق للحقّ موضوع النّزاع، أو قد يتم التّطرق له وبحثه في الخصومة إلا أن المـدعي يعجـز عـن إثباته، فعندها يتم فصل الخصومة دون حسم النّزاع، وذلك لما تم بحثـه مـن وجـوب فصـل الخصومة، ولا يجوز أن تبقى معلّقة، فإن فصل الخصومة بشكل مؤقّت أفضل من بقائها معلّقة.

و من طرق فصل الخصومة دون حسم النّزاع:

---

(١) المؤمن، حسني، **نظرية الإثبات القواعد العامة والإقرار واليمين مدنيا وجنائيا وشرعاً وقانوناً**، دار الكتاب العربي بمصر، ١٩٤٨م ، ص٢٠٨ ، الجمالي، علاء الدين، **اليمين كوسيلة من وسـائل الاثبـات لـدى القضاء**، رسالة حقوقية باشراف د. ماجد الحلواني، الجامعة السورية، ١٩٥٣، ص٢٦

الفرع الأول : فصل الخصومة بقضاء التّرك

إذا ظهر المدعي مبطلاً في دعواه بأن لم يستطع إثبات دعواه وحلف المدعى عليه اليمين الشّرعية على نفي دعواه، يقضى عليه بقضاء التّرك، بأن يمنعه القاضي عن منازعـة المـدعى عليه ومعارضته في الحقّ المدعى به، كقوله: ليس لك حق، أو أنت ممنوع عن المنازعة(١).

ويطلق اسم القضاء السلبي على قضاء التّرك، أي الحكم بإقرار الواقع دون تقرير الحـقّ لصالح أي طرف من أطراف الخصومة، وذلك في حال عجز المدعي عن إثبات دعواه بالوسائل التي تحسم النّزاع، فيصار إلى اليمين بإيكال الأمر لضمير المدعى عليه بتوجيه اليمين لـه مـن قبل المدعي على نفي ادعائه(٢)، ويشترط في توجيه اليمين وحلفها أن تكون في مجلس الحكـم، فإن كان الحلف عند غير القاضي فله أن يستحلفه عند القاضي مرة أخرى; لأن تلك اليمين غير معتبرة; كونها غير واجبة, ولا تنقطع بها خصومة, فلم يكن معتداً بها (٣).

وإن كان قضاء الترك عند فقهاء المسلمين يغير المراكز القانونية للخصوم، لأنّهم يقولون بأمر المدعي بعدم التّعرض للمدعى عليه بالحقّ المدعى به وليس الحكم برد دعـوى المـدعي فقط، إلا أن هذا التّغيير في المراكز القانونية لا يقوى إلى مرحلة التّغيير في الحالة القانونية كما سبق، والأثر الفعلي المترتّب على ذلك هو إعطاء الحقّ للمدعي وهو المحكـوم عليـه بقضـاء التّرك اللجوء للقضاء مرة أخرى، وطرح النّزاع عليه وإعادة الخصومة مجدداً في أي وقت وجد نفسه قادراً على إثبات الحقّ الذي عجز عن إثباته في الخصومة المفصولة(٤). يقـول الحمـوي: ولهذا لو أقام صاحب النّهر بينة بعد هذا على أن المسناة ملكه تقبل بينته , ولو كان قضاء ملـك أي إلزام لما قبلت بينته(٥)، والدليل والسبب لهذا القضاء هو وضع اليد(٦) .

---

(١) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٣

(٢) الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٣١ ، العبادي، أبـو بكـر الحدادي، (ت:٨٠٠ هـ). **الجوهرة النيـرة**، ط١، المطبعة الخيريـة، الريـاض، ج٢، ص٢١٨، حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٥

(٣) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٦، ص٥١

(٤) الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٣١ ، العبادي، **الجوهرة النيرة**، ج٢، ص٢١٨، حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٥

(٥) الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٣١

(٦) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٥

ويتنوع قضاء التّرك في حالة عدم ثبوت دعوى المدعي إلى ثلاثة أوجه:

الوجه الأول : يكون في الدين , وهو أن يدعي المدعي عشرة دنانير-مثلاً- فينكر المدعى عليه, ويعجز المدعي عن الإثبات، ويحلف المدعى عليه بطلب اليمـين، أو لا يطلـب المـدعي تحليف المدعى عليه، فيحكم القاضي على المدعي قائلاً: إنّك ممنوع مـن معارضـة المـدعى عليه[١].

الوجه الثاني: يكون في العين التي في يد شخص ثالث، مثلاً : إذا ادعـى اثنـان ملكيـة الفرس التي في يد شخص آخر مستقلاً, وعجز كلاهما عن الإثبات وحلف ذو اليد اليمين لكليهما، فيحكم القاضي بقضاء التّرك، بأن تبقى الفرس كالأول في يد ذي اليد المدعى عليه, ولا يحكم في هذه القضية بقضاء الاستحقاق، أي لا يحكم للشّخص الثالث بالقول: إن هذه الفرس لك. حتى أنّه لو أقام المدعيان بعد ذلك البينة، فيحكم بالفرس للمدعيين; لأنّه للمدعي إثبات دعواه ولـو بعـد حلف المدعى عليه اليمين[٢] .

الوجه الثالث: يكون في العين التي في يد عمرو قائلا : إنّها ملكي، وعجز عن الإثبـات، وحلّف القاضي بالطّلب عمراً اليمين، فيحكم بعد ذلك بقضاء التّرك. يعنـي يخاطـب القاضـي المدعي زيداً قائلاً له: إنّك ممنوع من معارضة عمرو، وفي هذا الحال تبقى الـدكان فـي يـد عمرو[٣] .

والفرق بين قضاء الاستحقاق وقضاء التّرك على وجهين :

الوجه الأول: أن المقضي عليه بقضاء الاستحقاق في حادثة لا يكون مقضياً له أبـداً فـي تلك الحادثة [٤], أما المقضي عليه بقضاء التّرك في حادثة فيجوز أن يقضى له إذا أثبت دعـواه بالبينة في تلك الحادثة[٥]، مثلا: إذا ادعى أحد المال الذي في يد آخر قائلاً: إنّه مـالي, وأنكـر

---

(١) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٥
(٢) الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٣١
(٣) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٥
(٤) الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٢٣١
(٥) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٥

المدعى عليه وحلف اليمين بالطّلب, وحكم على المدعي بقضاء التّرك فإذا أقام بعد ذلـك البينـة على دعواه يحكم له[١].

الوجه الثاني: إذا ادعى الشّخص الثالث بأن المحكوم به هو ماله، فتسمع دعواه في قضاء الترك، ولا تسمع في قضاء الاستحقاق ما لم يدعِي تلقّي الملك من جهة المقضـي لـه فحينئـذ تسمع[٢]، مثلاً: إذا ادعى زيد المال الذي في يد عمرو قائلاً: إنّه مالي , وأثبت ما ادعاه وحكـم لزيد، ثم ادعى بكر على زيد أن المال المذكور ماله، فلا تسمع ما لم يدعِ قائلاً : قد اشتريت ذلك المال من زيد بعد الحكم[٣].

مسألة: اليمين القضائية:

اليمين لغة : القَسم، مؤنثٌ لأنهم كانوا يتَماسحون بأيمانِهم، فيتحالفون وجمعهـا: أيمـن وأيمان. واستَيمنَه: استَحلَفَه[٤].

وتعرف اليمين القضائية اصطلاحاً، بعدة تعريفات في المذاهب الإسـلامية[٥]، إلا أنّنـي وجدت تعريفاً عند الباحث روحي بريكة قد صاغه من بين تعريفات فقهاء المذاهب وهو:

(تقوية الحالف نفي المدعى به ، أو إثباته بالحلف بالله تعالى أو صفة من صفاته عنـد القاضي أو المحكّم في مجلس القضاء) [٦].

---

(١) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٦

(٢) العبادي، **الجوهرة النيرة**، ج٢، ص٢١٨، الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظـائر**، ج٢، ص٢٣١

(٣) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٦

(٤) الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط، ط٦،** تحقيق: مكتب تحقيـق التـراث فـي مؤسسة الرسالة ، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٨م ، باب النون، فصل اليـاء ، ص١٢٤١

(٥) انظر: جانم، جميل فخري محمد، **اليمين القضائية،** رسالة ماجستير ، بإشراف الدكتورحسن أبـو عيـد ، الجامعة الاردنية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م

(٦) قيود التعريف ومحترزاته :

تقوية الحالف : لفظ يشمل المدعي والمدعى عليه

نفي المدعى عليه : قيد يقصد به يمين المدعى عليه

ولا يعتد باليمين إلا بأمر القاضي وبطلب المدعي, فإن لم يحلف قال : إن حلفت وإلا قضيت عليك بالنّكول، ويسن تكراره ثلاثاً[١]، وأوجب الشّافعية والحنابلة سؤال المدعي عن سبب نكوله عن اليمين المردودة[٢]، فإن لم يكن بعذر ردوا دعواه ، وإن كان بعذر، كأن يقول لي بينة، أو أريد النّظر في الحساب، فإنّه يمهل ثلاثة أيام في الوجه الأصح عند الشّافعية[٣] ، ويمهل ثلاثة أيام في المال عند الحنابلة[٤]، أما المدعى عليه فلا يسأل عن سبب نكوله[٥]، إلا في رواية عن ابن القاص: أنّه يسأل[٦].

وشرط صحة اليمين المطابقة، بأن تصور اليمين من قبل القاضي مطابقة لما أنكره المدعى عليه من دعوى المدعي، وأن تكون اليمين على البتّ، إلا فيما نسبه إلى غيره من النّفي، قال ابن شاس يحلف على البتّ في كل ما نسبه إلى نفسه من نفي أو إثبات، وفيما نسبه إلى غيره من الإثبات، وأما النّفي فيكفي الحلف على نفي العلم [٧].

أو إثباته : يقصد به يمين المدعي

بالحلف بالله تعالى : قيد يخرج به الحلف بغير الله

أو صفة من صفاته : ليدخل قول من قال بجواز الاستحلاف في القضاء بلفظ الجلالة وبسائر صفات الله عز وجل الأخرى

عند القاضي أو المحكم : ليخرج استحلاف غيرهما من الناس

في مجلس القضاء : ليخرج الاستحلاف في غير مجلس الحكم فإنه لا يعتد به، أنظر: بريكة، روحي يونس، **أحكام النكول في الفقه الإسلامي** ، رسالة ماجستير ، اشراف الدكتور علي حسين الصوا ، الجامعة الاردنية، ص١٩

(١) ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص٤٧٧ ، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٦، ص٣٦٥

(٢) النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، (ت:٦٧٦هـ) . **روضة الطالبين**، ومعه المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي، ومنتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع، للحافظ جلال الدين السيوطي، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلي معوض، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان، ج٨، ص٣٢٤ ،المرداوي، **الإنصاف**، ج ١١، ص٢٤١ ، أبو رخية، ماجد محمد، **القضاء بالنكول في الفقه الإسلامي**، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية الشريعة والقانون، العدد الثامن ١٤١٥ – ١٩٩٤م ، ص٥٦

(٣) النووي، **روضة الطالبين**، ج٨، ص٣٢٤

(٤) المرداوي، **الإنصاف**، ج ١١، ص٢٤١

(٥) المرداوي، **الإنصاف**، ج ١١، ص٢٤١

(٦) النووي، **روضة الطالبين**، ج٨، ص٣٢٥

(٧) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ص٢٤١

وتوجه اليمين إلى المنكر على ما أنكره؛ وذلك فيما لو أن شخصاً ادعى على آخر ، فإن القاضي يقوم بسؤال المدعى عليه عن دعوى المدعي ؛ فإن أقر فيقضي القاضي للمـدعي بمـا ادعاه بإقرار المدعى عليه.

أما إذا أنكر المدعى عليه الدعوى فإن القاضي يقوم بمطالبة المدعي البينة على دعـواه، فإن أقام المدعي البينة فيقضي القاضي له بما ادعاه بناء على البينة. أما إذا عجز المدعي عـن إقامة البينة على صحة دعواه فإن القاضي يبين له أن له حقّ تحليـف المـدعى عليـه اليمـين الشّرعية على نفي ما أنكره من دعواه(١)، فإن لم يطلب المدعي من القاضي تحليف المدعى عليه اليمين الشّرعية على نفي دعواه، فإن القاضي يقوم برد دعوى المدعي، أما إذا طلب المدعي من القاضي تحليف المدعى عليه اليمين الشّرعية على نفي دعواه، فإن القاضي يوجه إليـه اليمـين، فإن حلف المدعى عليه اليمين فإن القاضي يرد دعوى المدعي، أما إذا لم يحلف المدعى عليـه اليمين الموجهة له ، فإنّه يعد ناكلاً عن حلف اليمين .

وفي هذه الحالة ذهب جمع من الفقهاء إلى رد اليمين على المدعي ، فيحلف ويستحقّ مـا ادعاه(٢) ، وقال فريق آخر لا ترد اليمين على المدعي ويقضي القاضي على المدعى عليه بنكوله عن حلف اليمين(٣) .

---

(١) ابن مفلح، **الفروع**، ج٦، ص٤٧٦

(٢) وذهب إلى هذا القول :الحنفية والمالكية في دعوى التّهمة والحنابلة في المشهور عن أحمـد فـي دعـاوى المال، أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٦، ص٣٦٥ ، ابن مودود، الاختيار لتعليـل المختار، ج٢، ص٣٦٧ ، السمناني، روضة القضاة ، ج١، ص٢٧٨، الدسوقي، حاشـية الدسـوقي علـى الشرح الكبير، ج٦، ص٣٧ ، الشنقيطي، تبيين المسالك، ج٤، ص٣٨٧، ابن رشد، بداية المجتهد ونهايـة المقتصد، ج٤، ص١٧٨٣ ، ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكـام، ص٢٤١، البهوتي، كشاف القناع على مـتن الإقنـاع، ج ٦، ص٤٧٨، ابـن قدامـه، المغنـي، ج١٤، ص٢٣٣ ، المرداوي، الإنصاف، ج١١، ص٢٣٨

(٣) وذهب إلى هذا القول **:**الشافعية والمالكية في دعوى التّحقيق وصححه أحمد وابن القيم من الحنابلة، أنظـر: النووي، **روضة الطالبين**، ج٨، ص٣٢٢ ، الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفـة ألفـاظ المنهـاج**، ج٤، ص٤٧٧، ابن أبي الدم، **أدب القضاء**، ص١٨١، الدسوقي، حاشية الدسوقي علـى الشـرح الكبيـر، ج٦، ص٣٧ ، الشنقيطي، تبيين المسالك، ج٤، ص٣٨٧، ابن رشد، بداية المجتهـد ونهايـة المقتصـد، ج٤، ص١٧٨٣ ، ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ص٢٤١، البهوتي، كشـاف القناع على متن الإقناع، ج ٦، ص٤٧٨، ابن قدامه، المغني، ج١٤، ص٢٣٣ ، المـرداوي، الإنصـاف، ج١١، ص٢٣٨، ابن القيم، **الطرق الحكمية**، ص٩٩

ويترتّب على ذلك أن قضاء التّرك يتحقق عند حلف المدعى عليه اليمين سواء عند مـن يقولون بالقضاء بالنّكول دون رد اليمين، أوعند من يقولون برد اليمين، أما عند من يقولون برد اليمين على المدعي فإن قضاء التّرك يتحقّق عند نكول المدعي عن حلـف اليمـين المـردودة، فيترتّب على نكول المدعي عن حلف اليمين المردودة رد دعواه، وتوجه الحكم عليـه بقضـاء التّرك، بمنعه من معارضة المدعى عليه بالحقّ المتنازع عليه، أما في هذه الحالـة عنـد مـن يقولون بعدم رد اليمين فإن القضاء يكون قضاء استحقاق لا قضاء ترك حيث أنه تثبت دعـوى المدعي بمجرد نكول المدعى عليه ولا ترد اليمين على المدعي .

اليمين في القانون

وقد عد أهل القانون اليمين من وسائل الإثبات، وعملوا بالقضاء بنكول المدعى عليه، كما أخذوا برد اليمين على المدعي، وقد حكى الجمالي إجماع القوانين الحديثة بالأخذ برد اليمـين[(١)]، ويصنّف أهل القانون اليمين المردودة من ضمن اليمين الحاسمة ويعدونها نوعاً مـن أنواعهـا[(٢)] ويوجهها المدعى عليه، يقول د. سليمان مرقس "وبمقتضى توجيه اليمين يعد موجهها متنازلاً عن دعواه إذا حلف المدعى عليه، وفي مقابل ذلك يعد القانون المدعى عليه إذا نكل عن اليمين مقراً بصحة دعوى المدعي، ويخوله الحقّ في أن يدرأ الحلف أو النّكول بأن يرد اليمين علـى مـن وجهها إليه ليحلفها هو، وليترتّب الحكم بصحة دعواه أو ببطلانها على حلفه أو نكوله "[(٣)].

ويكيف شراح القانون اليمين على أنّها اتّفاق بين الخصمين بأن رأوا في هذا الاتّفاق نوعاً من الصلح، ولكن يرد على ذلك بأمرين: أولهما: بأن اليمين ليست تعاقداً ، إذ يقتضـي توافـق الإرادتين توافقاً حراً ، وتفقد هذه الحريه في توجيه اليمين. ثانيهما: أنّها ليست صلحاً إذ يفترض الصلح تنازل كل من المتصالحين عن بعض ما يدعيه ، وليس في توجيه اليمين شيئاً من ذلك.

---

(١) الجمالي، **اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات لدى القضاء**، ص١٣

(٢) المؤمن، **نظرية الإثبات القواعد العامة والإقرار واليمين مـدنيا وجنائيـا وشـرعا وقانونـا**، ص٢٠٨ ، الجمالي، **اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات لدى القضاء**، ص٢٦

(٣) مرقس، سليمان، **من طرق الإثبات الإقرار واليمين وإجراءاتهما في تقنيات البلاد العربية** ، معهد البحـوث والدراسات العربية، ١٩٧٠، ص١١٧

لذلك يرى فريق من فقهاء القانون أن اليمين وإن كانت ترتكز علـى أسـاس مـن إرادة موجهها، إلا أنّها ليست عملاً قانونياً متمشياً مع القواعد العامة ، وإنّما هي نظام من نوع خاص، شُرع ليكون فيه علاج لمضار مذهب الإثبات المقيد(١).

ويعد القانون غياب الخصم الذي توجه إليه اليمين عن المحاكمة نكولاً إذا لم يكن بمثابـة عذر مشروع وذلك بإجماع الشّراح والمحاكم والتّشاريع الحديثة، أما في بعض قوانين المرافعات فإنّها توجب عند تغيب المدعى عليه رد هذه اليمين على المدعي، فإن حلفهـا المـدعي اعتبـر المدعى عليه ناكلاً وحكم عليه، وإن لم يحلفها فلا يعتبر ناكلاً(٢).

الفرع الثاني: فصل الخصومة بالدفوع الشّكلية

سبق الحديث عن الدفوع الشّكلية في الفصل الثالث من هذه الأطروحـة، إلا أن مـا يهـم التّطرق إليه في هذا الموضع، هو أثر الحكم بالدفوع الشّـكلية، فـالحكم الصـادر فـي الـدفع الموضوعي يعد حكماً في الدعوى, أي حكماً منهياً للنّزاع حول الحقّ المتنازع عليه, أما الحكـم في الدفع الشّكلي فلا يعد حكماً في موضوع الدعوى فلا حجية بالنّسبة له، وإنّما يعد حكماً فـي مسألة سابقة على الموضوع كالاختصاص، وكذلك فإن الحكم بالدفع بعدم الخصـومة لا ينهـي الحقّ المتنازع عليه، ويستطيع المدعي رفع الدعوى للمطالبة بحقّه مجدداً في مواجهـة الخصـم الحقيقي.

ويختلف القانون في الحكم بالدفع بعدم القبول حيث إن الفصل فيه قد يترتّب عليـه حسـم النّزاع في موضوع الدعوى, فقبول الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد، عنـدما يكـون هناك ميعاد لرفعها يحسم موضوع الحماية بطريقة يمتنع على المدعي طلبها في منازعة جديـدة, وقد لا يترتّب على الحكم في الدفع حسم النّزاع فيكون لذوي الشّأن إعادة تجديد رفـع الـدعوى مرة أخرى بإجراءات صحيحة مقبولة، كالحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها على غير ذي صـفة, أو الحكم بقبول الدفع بعدم قبول دعوى الحقّ قبل التّخلّي عن الحيازة للخصم الآخـر أو تنفيـذ الحكم الصادر فيها، فيستطيع المدعي أن تتجدد دعواه باختصام صاحب الصفة أو بعد التّنـازل عن الحيازة لخصمه أو بعد تنفيذ الحكم الصادر فيها(٣) .

---

(١) مرقس، **من طرق الإثبات الإقرار واليمين**، ص١١٨ – ١١٩

(٢) الجمالي، **اليمين كوسيلة من وسائل الإثبات لدى القضاء**، ص٢٦

(٣) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٨٤

المبحث الثاني

التّنفيذ

لا فائدة من الحكم القضائي دون التّنفيذ، يقول القرافي: " إذ لا معنى للحكم إلا التّنفيذ"[(١)]. وعليه فإن موضوع التّنفيذ لا يقلّ أهمية عن موضوع الحكم، ولا غنى لأي منهما عن الآخر. ولكن في الحقيقة يجب التّفريق بين النّزاع التّنفيذي والنّزاع الحقيقي، حيث إن النّزاع الحقيقي يكون في مرحلة عدم ثبوت الحقّ فهو نزاع منصب على ذات الحقّ لا على المتنازعين، وإنّه بإصدار الحكم يكون قد حسم النّزاع في الحقّ ذاته، وبعدم استجابة المحكوم عليه للخروج من الحقّ تنشأ الخصومة التنفيذية، ويكون هذا النّزاع حقيقة منصب على شخص المحكوم عليه وكيفية تحصيل الحقّ منه لا على ذات الحقّ .

وليس هذا مجال تفصيل إجراءات التّنفيذ فهي كثيرة وأُلفت بها رسائل جامعية ومؤلفات، ولكن ما أردته في هذا المبحث بيان المعالم الأساسية للتّنفيذ وصلته بالخصومة، وهل التّنفيذ جزء من الخصومة أم أنّه مرحلة مستقلّة عنها؟

لم ينفك التّنفيذ في بداية الأمر عن الحكم في العصور الفاضلة، حيث كان النّزاع يثور حول جهل طرفيه أيهما الحق في جانبه لا عن لدد وظلم[(٢)]، فمتى بين القاضي أو المحكّم وجه الحكم امتثل طرفي الخصومة بتنفيذه، وكان القاضي الذي يصدر الحكم يأمر المحكوم عليه بتنفيذه ويؤمره بالخروج عن الحقّ للمحكوم له، ويمهله ما رأى ، فإن تجرد حبسه إجماعا إن طلب خصمه، وإلا فلا، إذ الحقّ له وعلى الحاكم إيفاؤه إن أمكن[(٣)].

وإن مباشرة القاضي الذي أصدر الحكم بتنفيذه بنفسه لا يعني أن التّنفيذ هو مرحلة من مراحل الخصومة، فقد قرر الفقهاء أن التّنفيذ هو الرتبة الثالثة بعد الرتبة الثانية وهي الحكم، والرتبة الأولى وهي الثّبوت[(٤)]، وحقيقة التّنفيذ كما بينها السرخسي أنّها ليست من الخصومة ولكنّها مرحلة متممة لها فيقول: والوكيل في الخصومة ليس وكيلاً في القبض لأنّه أمر

---

(١) القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق**، ج٤، ص٥١

(٢) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص ٧٣

(٣) البهوتي، **كشاف القناع**، ج٦، ص٣٢٦ ، المرتضى، **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، ج٦، ص١٢٢

(٤) ابن فرحون، **تبصرة الحكام** ، ص١٣٣، الطرابلسي، **معين الحكام**، ص٥٣

بالخصومة فقط, والخصومة لإظهار الحقّ, والاستيفاء ليس من الخصومة , ويختار في الخصومة ألح النّاس, وللقبض آمن النّاس , فمن يصلح للخصومة لا يرضى بأمانته عادة, ولكنّا نقول : الوكيل بالشّيء مأمور بإتمام ذلك الشّيء, وإتمام الخصومة يكون بالقبض; لأن الخصومة قائمة ما لم يقبض, ولأن المقصود بالخصومة الوصول إلى الحقّ وذلك بالقبض يكون, والوكيل بالشّيء يحصل ما هو المقصود به[١].

ولكن تطور الحياة بجميع سبلها ومنها السياسية والقضائية وانفصال السلطة القضائية عن السلطة التّنفيذية ، وأصبحت الأولى معنية بإصدار الأحكام، والثانية معنية بتنفيذ هذه الأحكام ، وحيث إن السلطة التّنفيذية ليست جهة قضائية وتولّيها تنفيذ الأحكام مباشرة يؤدي إلى نشوء نواحي سلبية مثل: عدم فهم إعلام الحكم، أو عدم توافر الملكة الفقهية للتّعامل مع هذه الأحكام ؛ حيث أن الأحكام الفقهية لا تقتصر على صدور الأحكام وإنّما تمتد إلى التّنفيذ ، فلو صدر حكم على الزوج بأداء النّفقة ، فيجب على الجهة المنفّذة لهذا الحكم التّعامل معه بملكة فقهية، فلو ثبت إعسار الزوج الطارئ عند التّنفيذ فيجب النّظرة إلى الميسرة وتجنّب حبسه، كل ذلك أدى إلى ظهور واسطة بين السلطة القضائية والسلطة التّنفيذية ؛ بما يعرف بدوائر التّنفيذ القضائي ، كوساطة بين الحكم القضائي وآلية تنفيذه بالصيغ النّهائية بواسطة السلطة التّنفيذية .

وهذه الجهة هي جهة قضائية لوجوب معرفتها بالأحكام الفقهية، فهي التي تتولّى التّنفيذ من جهة القضاء؛ فإذا أمر قاضي الموضوع المدعى عليه بالخروج من الحقّ للمدعي وصدر إعلام حكم بذلك فيتولّى تنفيذ هذا الحكم قاضي التّنفيذ الذي يتعامل مع هذا الحكم بالطّرق الشّرعية، فيمهل المدعى عليه ويعذره ويأمره إلى أن ينتهي بأمر قاضي التّنفيذ للسلطة التّنفيذية بمباشرة أعمالها بحبس المدين أو التّنفيذ الجبري .

ويبدو أن التّحول في التّنفيذ كان منذ زمن النّووي في القرن الثّامن الهجري، يقول النّووي: " والتّنفيذ بشرطه إلا ما غاب في زمننا حكم وفائدته التّأكيد للحكم قبله. ويجوز تنفيذ الحكم في البلد قطعاً من غير دعوى, ولا حاف في نحو غائب"[٢]. ويقول ابن عابدين: "وأما التّنفيذ فالأصل فيه أن يكون حكماً إذ من صيغ القضاء قوله: أنفذت عليك القضاء. قالوا: وإذا رفع إليه قضاء قاضٍ أمضاه بشروطه. وهذا هو التّنفيذ الشّرعي ومعنى رفع اليد حصلت عنده

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٩، ص١٢

(٢) النووي، **المنهاج** وبهامشه تحفة المحتاج، للهيتمي، ج١٠، ص١٤٢

فيه خصومة شرعية , وأما التّنفيذ المتعارف في زماننا غالباً فمعناه إحاطة القاضي الثاني علمـاً بحكم الأول على وجه التّسليم له ويسمى اتصالاً [١].

فلم يكن القضاة يتناولون أحكام القضاة الآخرين على وجه التّسليم، لغايات تنفيـذها فقـط، إنّما كانوا يعترضون الحكم الذي يريدون تنفيذه ويمحصونه فإن أمضوه نفّـذوه، وإن لـم يكـن صحيحاً لم يمضوه ولم ينفّذوه، إلا أنّه بعد ذلك أصبح التّنفيذ في زمن النّووي وزمن ابن عابدين بأن يحيط القاضي المنفّذ علماً بالحكم الصادر الذي يريد تنفيذه، ولا يتعرض لهذا الحكـم سـواء كان صحيحاً أم غير صحيح، وافق مذهبه أم لم يوافق، وإنّما يتناوله علـى وجـه التّسـليم بـه لتنفيذه[٢]، وهذا هو واقع التّنفيذ في زماننا هذا .

ثم اختلف الفقهاء فيمن ينفّذ حكم غيره، هل في ذلك حكم بصحة ما ينفّذه من حكم، أم أنّـه ليس حكماً بالصحة على قولين:

القول الأول: أن تنفيذ قاضٍ لحكم غيره يعد حكماً من القاضي المنفذ؛ أي أنّه يعـد حكمـاً بصحة حكم الأول، وذهب إليه بعض الشّـافعية[٣]،و بعـض الحنابلـة[٤]؛ وذلـك لأن الحادثـة الشّخصية الواحدة يجوز شرعاً توارد أحكام متعددة متّفقة في الحكم الشّرعي عليها[٥].

القول الثـاني: أن تنفيذ القاضي لحكم غيره يجوز بذكر الثّبوت والتّنفيذ فيه، ولا يعد حكماً من المنفّذ، وذهب إليه: الحنفية[٦]، والمالكية[٧] وبعض الشّافعية[٨]، وبعض الحنابلة[٩].إذ الحكـم

---

(١)،ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٣٥٤

(٢) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٣٥٤ ، البهـوتي، **كشـاف القناع على متن الإقناع**، ج٦، ص٢٢٤

(٣) ابن حجر، **الفتاوى الفقهية الكبرى**، ج٢، ص٢٠٩

(٤) ابن مفلح ، **الفروع**، ج٦، ص٤٩٤ ، البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج٦، ص٢٢٤

(٥) الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ج٦، ص٤٨٨

(٦) ابن عابدين، **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، ج٥، ص٣٥٤، الطرابلسـي، **معـين الحكام**، ص٥٣

(٧) القرافي، **أنوار البروق في أنواع الفروق**، ج٤، ص٩٩ ، ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ص١٣٤

(٨) النووي، **المنهاج** وبهامشه تحفة المحتاج، للهيتمي، ج١٠، ص١٤٢

(٩) الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ج٦، ص٤٨٨ ، البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج٦، ص٢٢٤

بالمحكوم به تحصيل الحاصل وهو محال[١] ، يقول ابن فرحون: " وبالجملة ليس في التّنفيذ حكم البتّة, ولا في الإثبات أن فلاناً حكم مساعدة على صحة الحكم السابق , فلا يعتد بكثرة الإثبـات عند الحكّام , فهو كلّه كحكم واحد, وهو راجع إلى الحاكم الأول , إلا أن يقول الثاني حكمت بما حكم به الأول وألزمت بموجبه ومقتضاه" [٢]. ويقول النّووي:" والحاصل أن تنفيذ الحكم لا يكون حكماً من المنفّذ إلا إن وجدت فيه شروط الحكم عنده, وإلا كان إثباتاً لحكم الأول فقط"[٣].

إلا أن القول بتناول القاضي المنفّذ الحكم الذي يريد تنفيذه على وجه التّسليم لـيس علـى إطلاقه، فينفّذ الثاني ما حكم به الأول إن كان الأول أهلاً للقضاء بأن اجتمعت فيه شروطه، أو لم يعرف الثاني بها وكان الأول قاضي مصر , أي بلد كبير كمكّة والمدينة -على ساكنها صـلوات الله وسلامه- , فإن الشّأن لا يولى لقضائها إلا من اجتمعت فيه شروط القضاء وإلا أي وإن لـم يكن أهلاً ولا قاضي مصر فلا ينفّذ الثاني حكمه[٤] .

وإن مسألة تنفيذ الأحكام مبنية على مسألة كتاب القاضي إلى قاضي فشرط قبول خطـاب القاضي صحة ولايته ممن تصح توليته، فإذا ورد كتاب قاضٍ على قاضٍ, فإن عرفه بأنّه أهـل للقضاء قبله, وإن عرفه بأنّه ليس بأهل لذلك فلا يقبله، وإن خفي حاله, فإن كـان مـن قضـاة الأمصار الجامعة مثل المدينة ومكّة والعراق والشّام ومصر والقيروان والأندلس فلينفّذه , وإن لم يعرفه وليحمل مثل هؤلاء على الصحة , وأما قضاة الكور الصغار فلا ينفّذه حتى يسـأل عنـه العدول وعن حاله[٥].

ويجب أن يكون التّنفيذ على المحكوم عليه، ومن الشّروط للتّنفيذ على المحكوم عليه تمييزه عن غيره، فإن وجد بالبلد رجل واحد بتلك الصفة كشف القاضي عنه , فإن لم يذكر بالبلد غيره بتلك الصفة أعداه عليه، وإن ترك القاضي ما أمر به من الكشف عن ذلك، فقيل لا يؤخذ بـالحقّ حتى يثبت الطّالب أنّه ليس بالبلد من هو بتلك الصفة سواه، وقيل يؤخذ به إلا أن يثبت هـو أن

---

(١) البهوتي، **كشاف القناع على متن الإقناع**، ج٦، ص٢٢٤ ، الرحيباني، **مطالب أولي النهى في شرح غايـة المنتهى**، ج٦، ص٤٨٨

(٢) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ص١٣٤

(٣) النووي، **المنهاج** وبهامشه تحفة المحتاج، للهيتمي، ج١٠، ص١٤٢

(٤) السبكي ، **فتاوى السبكي**، ج٢، ص٤٥٦ ، عليش، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، ج٨، ص٣٧١

(٥) عليش، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، ج٨، ص٣٧١

بالبلد من هو بتلك الصفة سواه وهو ظاهر قول أشهب ورواية عيسى عـن ابـن القاسـم فـي المدنية[١].

إلا أنّه أحياناً فإن الحكم الصادر في دعوى ما عند تنفيذه قد يمس غير المحكوم عليه، وقد يتضرر هذا الغير من تنفيذ الحكم، فهل يعد هذا الحكم حجة على غير المحكوم عليهم وينفّذ بحقّ الجميع؟ وما التّدابير لحماية غير المحكوم عليه مما قد يلحق به الضرر من التّنفيـذ عليـه فـي خصومة لم يكن ممثلاً فيها، ولم يتح له حقّ الدفاع عن نفسه؟

التّنفيذ في القانون

لم يختلف تنفيذ الأحكام في القانون عما هو في الشّريعة في العصور اللاحقة، حيـث تـم فصل مرحلة التّنفيذ عن مرحلة الخصومة، وأصبح يتولّى التّنفيذ قاضٍ مختص بتنفيـذ الأحكـام الصادرة عن قاضي الموضوع، ويتناول قاضي التّنفيذ الأحكام الصادرة عن قاضي الموضـوع على سبيل التّسليم بها لتنفيذها، وليس له اعتراض الأحكام أو البحث فـي صـحتها وموافقتهـا للأصول.

ولا ينفذ قاضي التّنفيذ إلا الأحكام الحائزة على قوة الأمر المقضي؛ فـلا ينفـذ الأحكـام الابتدائية مالم تكن معجلّة، وإنّما يقوم بتنفيذ الأحكام الانتهائية، حيث إن الحكم الابتـدائي قابـل للطّعن فيه، أما الحكم الانتهائي فهو غير قابل للطّعن بالاستئناف[٢]، ويسمى الحكم الباتّ، وهـو الذي لا يقبل الطّعن فيه بأي طريق من طرق الطّعن، فالقاعدة أنّه لا يجوز تنفيذ الأحكام تنفيـذاً جبرياً إلا إذا كانت انتهائية، أما الحكم الابتدائي فلا يجوز تنفيذه إلا إذا كـان مشـفوعاً بالنّفـاذ المعجل[٣].

ويعد الحكم حائزاً لقوة الأمر المقضي إذا كان غير قابـل للطّعـن فيـه بالمعارضـة أو بالاستئناف، ويكون حائزاً لحجية الأمر المقضي فيه مع كونه قابلاً للطّعن فيه بالنّقض، أو

التماس إعادة النّظر.

---

(١) عليش، **منح الجليل شرح مختصر خليل**، ج٨، ص٣٧٢

(٢) بديوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٣٨

(٣) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٤٥٧

المطلب الأول: تعجيل التّنفيذ

في بداية الأمر لم تكن حاجة لتعجيل الأحكام القضائية في الشّريعة الإسلامية لسبب بسيط وهو أن الشّريعة الإسلامية- كما سبق بيانه- لم تحدد مواعيد معينه أو مدد محددة للطّعن في الأحكام، فكان الحكم الصادر قابلاً للتّنفيذ فوراً ولا يتوقّف تنفيذه على أي أمر آخر، فلا مجال للقول بتعجيل تنفيذ هذه الأحكام، وإنّما طرأت فكرة تعجيل تنفيذ الأحكام بعد تحديد مدد محددة يجوز خلالها الطّعن في الأحكام، ولا يجوز تنفيذ هذه الأحكام إلا بعد مضي هذه المدد .

وإنّه كما سبق بيانه فإن تحديد مدد محددة لطرق الطّعن تفعيلاً لمبدأ استقرار الأحكام القضائية واستقرار الحقوق أمر لا تأباه قواعد الشّريعة الإسلامية، وقد آل الأمر إلى ذلك فعلاً، وعليه فيجوز تعجيل التّنفيذ وذلك لما يلي :-

١- عموم الآيات التي توجب القضاء بالعدل وإيصال الحقوق إلى أصحابها، ومنها قوله تعالى:" **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعا بصيرا**"[(١)].

٢- نماذج من أقضيته ﷺ حيث إنّه حكم بالنّفقة لهند امرأة أبي سفيان،وأرشدها إلى التّنفيذ المباشر، ومباشرة التّنفيذ بنفسها [(٢)]. وكذلك بما أرشد إليه أنيسا حيث قال: واغدو يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها[(٣)] ، وغيرها من النّماذج، التي تبين أقصى درجات تعجيل التّنفيذ.

---

(١) سورة النساء ، الآية٥٨

(٢) في البخاري ونصه " عن عائِشَةَ رضِي الله عنْها قَالَتْ هِنْد أُم معاويةَ لِرسول اللهِ ﷺ إن أَبا سفْيان رجل شَحِيح، فَهلْ علَي جنَاح أَن آخُذَ مِن مالِهِ سِرا؟ قَالَ: خُذِي أَنْتِ وبنُوكِ ما يكْفِيكِ بِالْمعروفِ" صحيح البخاري، حديث رقم ٢٠٥٩

(٣) في البخاري ونصه " عن أَبِي هريرةَ وزيدِ بن خَالِدٍ أَنهما أَخْبراه أَن رجلَين اخْتَصما إِلَى رسول اللهِ ﷺ فَقَالَ أَحدهما: اقْضِ بينَنَا بِكِتَابِ اللهِ، وقَالَ الْآخَر وهو أَفْقَههما: أَجلْ يا رسولَ اللهِ فَاقْضِ بينَنَا بِكِتَابِ اللهِ وأْذَن لِي أَن أَتَكَلم، قَالَ: تَكَلم. قَالَ: إِن ابنِي كان عسِيفًا على هذَا، قَالَ: مالِك والْعسِيفُ الْأَجِير زنَى بِامرأَتِهِ فَأَخْبروني أَن على ابنِي الرجم فَافْتَديتُ مِنْه بِمِائَةِ شَاةٍ وجارِيةٍ لِي ،ثُم إِني سأَلْتُ أَهلَ الْعِلْمِ فَأَخْبروني أَن ما على ابنِي جلْد مِائَةٍ وتَغْرِيب عامٍ وإنما الرجم على امرأَتِهِ، فَقَالَ رسولُ اللهِ ﷺ : أَما والذِي نَفْسِي بِيدِهِ لَأَقْضِين بينَكُما بِكِتَابِ اللهِ أَما غَنَمك وجارِيتُك فَرد علَيك وجلد ابنَه مِائَةً وغَربه عاما، وأُمِر أُنَيس الْأَسلَمِي أَن يأْتِي امرأَةَ الْآخَر فَإِن اعتَرفَتْ رجمها فَاعتَرفَتْ فَرجمها " حديث رقم ٦١٤٣

٣- عملاً بالقواعد الشّرعية ، فإن من القواعد الشّرعية القاعدة المشهورة " لا ضـرر ولا ضرار "، وعملاً بهذه القاعدة فإن العمل بتعجيل التّنفيذ قد يصبح أمراً واجبـاً بثبـوت تضـرر المحكوم له جراء تأخير إيصاله حقّه.

٤- عملاً بالسياسة الشّرعية، حيث إن النّظر إلى ظروف المحكوم له، ومراعاة المصـالح المعتبرة شرعاً ، هي من أولى واجبات السياسة الشرعية، فإن هناك حقوقاً لا يسع تأخيرها عـن المحكوم له، وفي ذلك خشية على المحكوم به من الهلاك أو الضياع، كـالحكم بحضـانة طفـل رضيع، أو ما يتسارع إليه الفساد .

تعجيل التّنفيذ في القانون

وحيث إن القوانين الوضعية مبنية على أن الحكم القضائي مشكوك في صحته وأن ظاهره عدم الصحة حتى يثبت ذلك[١]، وذلك بفتح الباب بالطّعن فيه بوسائل الطّعن، ودون اشـتراط أن يكون ظالماً، وعليه وجب على هذه القوانين تأخير التّنفيذ حتى يحـوز الحكـم حجيـة الأمـر المقضي، إذ أنّه عرضة للفسخ والنّقض، ففتح باب تعجيل التّنتفيذ .

فمعظم تعريفات التّنفيذ المعجل تدور حول فكرة واحدة وهي التّعجيل فـي تنفيـذ الحكـم القضائي رغم قابليته للطّعن فيه بوسائل الطّعن المعروفة، فكما هو معلوم أن الأحكام القضـائية تتدرج في عدة مراحل من حيث حجيتها ووصولها إلى قوة الأمر المقضي، وذلـك أن الأحكـام الابتدائية لا تحوز على حجية الأمر المقضي لجواز استئنافها، فطالما كانت ضمن هذه المدة فهي عرضة للفسخ والانهيار، وبالتّالي عدم الحجية، وعدم جواز التّنفيذ، وكذلك الأحكام الصادرة عن الاستئناف حيث قابلية التمييز، وكذلك وسائل الطّعن العادية وغير العادية فـي الأحكـام ، مـن اعتراض على الحكم الغيابي، واعتراض الغير ، وإعادة المحاكمة ، وغيرها من وسائل الطّعـن في الأحكام .

وعليه فلا يجوز تنفيذ الأحكام القضائية ما لم تحز حجية الأمر المقضي، وذلك باسـتنفاذ جميع وسائل الطّعن العادية .

---

(١) ياسين، محمد نعيم، **حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، ط١، دار الفرقـان، عمان، ط١: ١٩٨٤ ، ص١٢ وما بعدها ، بتصرف

ولكن الأحكام معجلّة التّنفيذ هي أحكام مستثناة من هذه القاعدة، حيث يتم العمل فيها على تعجيل تنفيذها قبل استنفاذها جميع وسائل الطّعن، أي قابليتها للطّعن وتعرضها للفسخ .

هذه الفكرة هي ما دارت عليه تعريفات التّنفيذ المعجل ومنها : تعريف الدكتور محمد محمود ابراهيم : "بأنّه تنفيذ الحكم مبكراً رغم قابليته للطّعن فيه بطريق الطّعن العادية أو طعن فيها فعلاً"(١). وكذلك: "هو تنفيذ الحكم فور صدوره دون انتظار إلى أن يصبح غير قابل للطّعن"(٢). ويقسم التّعجيل إلى قسمين: -

أولا- التّنفيذ المعجل بحكم القانون:

وهو التّنفيذ المعجل الذي لا يخضع لسلطة القاضي التّقديرية ولا لطلب الخصوم ، ولكنّه معجل بسلطة القانون، حيث أن القانون قد نص على تعجيله في المواد المستعجلة ؛ وعلّل بعض شراح القانون ذلك أن: "الحكمة التي من أجلها تقررت هذه القاعدة هي أن هذه الأحكام لا تحتمل بطبيعتها التّأخير، فلا جدوى من الحكم المستعجل إذا لم ينفّذ فوراً فالطّبيعة والوقتية للحكم المستعجل تقضي بتنفيذه فوراً"(٣).

إلا أنّه في بعض القوانين لا يكتسب الحكم الصفة الاستعجالية ما لم يطلب المحكوم له ذلك ولو كان موضوع الحكم في المواد المستعجلة، وبذلك فليس كل حكم معجل يجب أن يكون صادراً في دعوى معجلّة التّنفيذ ، وكل حكم صادر في دعوى معجلة التّنفيذ هو حكم معجل في القانون المصري، أما في القانون الأردني بناء على ما سبق فإنّه لا يشترط لكل حكم صادر في دعوى معجلة أن يكون حكماً معجل التّنفيذ .

ثانيا- التّنفيذ المعجل القضائي

وهو الذي يخضع لسلطة القاضي وهو الذي يضمن حكمه بتعجيل التّنفيذ وذلك بناء على طلب المدعي، وليس للمحكمة ذلك دون طلب فهو أمر قضائي لا بد فيه من طلب المدعي، ولا

(١) إبراهيم، محمد محمود، **أصول التنفيذ الجبري**، مطبعة دار الفكر، ص١٨٣

(٢) أبوالبصل، عبدالناصر،**شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشرعي**، دار الثقافة، ١٩٩٩، ص٢٠١

(٣) عبدالفتاح، عزمي ، **قواعد التنفيذ الجبري**، المطبعة العربية الحديثة، مصر، ١٩٨٤، ص١٨٦

يكون لازما بقوة القانون كما هو في القسم الأول، وإنّما عائد إلى قناعة القاضي بلحوق الضـرر بالمحكوم له جراء تأخير التّنفيذ(١).

فيكون في مسائل تقديرية تعود إلى تقدير القاضي، فإن الضرر لا يمكن إثباته إلا باقتنـاع القاضي وتقديره، حيث اختلف بعد ذلك الشّراح في ماهية الضرر، وهل هو مجـرد الضـرر أم الضرر البالغ؟ وهل يقدر الضرر بالمعيار الشّخصي، أم بالمعيار الموضوعي؟(٢)

ويبدو أن الأوفق أن يكون المعيار الشّخصي هو الضابط لا الموضوعي؛ وذلك لأن تقدير الضرر يعتمد على ظروف كل شخص على حده، فما كان يشكّل ضرراً جسيماً لشخص، ربما لا يلحق بآخر سوى ضرراً بسيطاً، وربما ضرراً لا يذكر بثالث .

ولكن التّساؤل، ما هو الداعي للتّعجيل بحكم القانون باختصاص مسـائل بـالنّص عليهـا مباشرة رغم أن التّعجيل القضائي قد وسع الأمر، فحيثما رأى القاضي إمكانية تضرر المحكـوم له من تأخير التّنفيذ حقّ له تعجيل الحكم؟

ويبدو أن اختصاص القانون لأمور محددة بالتّعجيل بالنّص عليها يعفي المحكوم لـه مـن عبء إثبات تضرره بتأخير الحكم، ففيما لا نص فيه يكون عبء إثبات الضـرر علـى طالـب التّعجيل كونه مدعياً الضرر، ولكن في هذه المسائل المنصوص عليها فإن القانون هو الذي قـد قرر تضرر المحكوم له بتأخيرها .

المطلب الثاني: حجية الحكم في مواجهة الغير

الأصل أن القضاء يقتصر على المقضي عليه ولا يتعدى إلى غيره، فإن غيـر المقضـي عليه لم يمثّل في الخصومة، وبالتّالي لم يتح له حقّ الدفاع ومواجهة خصمه، فلو ادعى زيد على ثلاثة أنفارأنّهم وبقية أهالي قرية كذا غصبوا قطعة أرض مع آخرين من مزرعته، وأثبت ذلـك في وجههم فالحكم الصادر نافذ على المحكوم عليهم فقط ولا يتعدى إلـى غيـرهم مـن أهـالي القرية(٣).

---

(١) عبد الفتاح، **قواعد التنفيذ الجبري**، ص١٨٩

(٢) عبد الفتاح، **قواعد التنفيذ الجبري**، ص١٩٢

(٣) ابن عابدين، **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية**، ج١، ص٢٩٨

إلا أن بعض الأحكام تُثبتُ أحكاماً متعدية من أهلية الولايـات والشّـهادات وغيرهـا[١], فالقضاء بها قضاء بتلك الأحكام , فيتعدى إلى الكلّ وينتصب البعض خصماً عن البعض، وذلـك كالحكم بالحرية، فالحكم بالحرية الأصلية أو ما في حكمها حكماً على الكافّة، مثلاً : لـو ادعـى أحد على آخر قائلاً: إنّك عبدي, وادعى المذكور أنّه حر الأصل, وأثبت حرية الأصـل وحكـم القاضي بحريته، فبهذا الحكم يكون المدعي محكوماً عليه كما أن كافّة النّـاس يكـون محكومـاً عليهم، فلذلك لا تسمع بعد الحكم دعوى أحد عليه بأنّه عبد، خلافاً للحكم بالحرية العارضـة أي الإعتاق فليس حكماً على كافّة النَّاس بل هو حكم جزئي[٢] .

وقد ذكر الفقهاء على سبيل الحصر بضعة أحكام يكون فيها الحكم متعدياً إلى كافّة النّاس، فلا تسمع دعوى أحد فيه بعده، وهي: الحرية الأصلية, والنّسب, وولاء العتاقـة, والنّكـاح [٣]، والوكالة، فإثباتها يكون على الكافّة حتى لو حضر آخر , وادعى عليه حقّاً لا يكلف إعادة البينة على الوكالة[٤].

وتم الاختلاف في القضاء بالوقف فذهب البعض إلى أنّه يقتصر ولا يتعدى إلـى الكافّـة فتسمع الدعوى في الوقف المحكوم به[5]، وذهب آخرون أن القضاء بالوقف قضاء على الكافّة[٦]، يقول حيدر: "والحكم بالوقف حكم على كافّة النّاس عند بعض الفقهـاء إلا أنّـه حسـب القـول الصحيح والمفتى به ليس بحكم على سائر النّاس، فعليه لو حكم بوقفية عقار في قضية ثم ظهـر بعد ذلك مدعٍ وادعى أن ذلك العقار ملكه، فتقبل دعواه وتسمع بينته، كما أنّه لو ظهر متولٍ آخر وادعى وقفية ذلك العقار لوقف آخر، تسمع بينته " [٧].

---

(١) الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٣٢٠

(٢) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٧

(٣) ابن نجيم، **الأشباه والنظائر** وبهامشه غمز عيون البصائر للحموي، ج٢، ص٣١٩

(٤) الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٣١٩

(٥) ابن نجيم، **الأشباه والنظائر** وبهامشه غمز عيون البصائر للحموي، ج٢، ص٣٢١

(٦) الحموي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر**، ج٢، ص٣٢٠

(٧) حيدر ، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٥٧٧

كما أن الحكم يكون حجة على الغائب لو كان ثبوت الحكم على الغائب شرطاً للمدعى بـه على الحاضر، فيكون الحاضر خصماً له[١]، فلو استحقّت عين من يد وارث بقضاء ببينة ذكرت أنّه ورثها كان قضاء على سائر الورثة والميت , فلا تسمع بينة وارث آخر[٢].

حجية الحكم في مواجهة الغير في القانون

هناك اختلاف كبير بين فقهاء القانون في تحديد أثر الأحكام بالنّسبة للغير ، أي الأشخاص الخارجين عن نطاق الحكم الصادر في مواجهة أطراف الدعوى[٣]، بحيث تشكّلت عدة نظريـات في مدى حجية الحكم القضائي بالنّسبة للغير وهي:-

- النّظرية التقليدية[٤]، وأخذت بمبدأ نسبية حجية الأحكام، ولكنّها توسعت في جعـل أكبـر عدد من الأشخاص ضمن دائرة الخصوم، فأخذت بالخلف العام والخلف الخـاص، والمـدينين، والوكلاء، وقد تأثّر الدكتور فتحي والي بهذه النّظرية[٥].
- النّظرية الحديثة[٦]، وقامت هذه النّظرية بالتّفرقة بين القضاء الشّخصي،حيث أنّه نسـبي الحجية، والقضاء الموضوعي وهو حجة في مواجهة الكافّة ولا يقتصر على الخصوم، ولكن هذه النّظرية قد فشلت حيث لم تستطع وضع معيار ثابت يميز بين نوعي القضاء اللذين افترضتهما.
- نظرية (Guillien) [٧] حيث قامت هذه النّظرية على أساس الحجية المطلقة للأحكـام، وأنّها حجة في مواجهة الكافّة، وذلك لتجنّب ورود أحكام متناقضة.
- النّظرية التي حاول الدكتور الصاوي صياغتها بعد أن فنّد النّظريات السابقة[٨]، فيقـول: "إلا أنّنا نجد في حديث شريف لرسول الله ﷺ الأساس الصحيح لحلّ هذه المشكلة، يقول: " إنّما أنا بشر مثلكم تختصمون إلي فأحكم بينكم . ولعلّ بعضكم ألحن بحجته ، فقضى [هكذا] له على

---

(١) ابن عابدين، **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية**، ج١، ص٢٩٨

(٢) ابن نجيم، **الأشباه والنظائر** وبهامشه غمز عيون البصائر للحموي، ج٢، ص٣٢١

(٣) صاوي، أحمد السيد، **أثر الأحكام بالنسبة للغير**، ضمن: موسوعة القضاء والفقه للدول العربية، الدار العربية للموسوعات – حسن الفكهاني، ١٩٨٢م، ج: ١١٥

(٤) المصدر السابق: ص: ٩، وما بعدها بتصرف

(٥) والي، فتحي، **قانون القضاء المدني اللبناني(أصول المحاكمات المدنيـة)دراسـة مقارنـة**، دار النهضـة العربية، بيروت، ط١ ١٩٧٠م، ص٣١٠

(٦) الصاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، ص: ١١٤

(٧)الصاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير ، ١١٨

(٨) المصدر السابق: ١٢٢

نحو ما أسمع منه، فمن قضيت له بشيء من حقّ أخيه فلا يأخذ منه شيئاً، فإنّما أقطع له قطعة من نار .. .." [1]، فصحيح في هذا الموضوع هو ضرورة التّفرقة بين حجية الحكم الصادر في مسائل الحالة وبين كونه دليل إثبات، أما الحجية فتقتصر فقط على من صدر الحكم فيما بينهم، أما القوة الثّبوتية للحكم فتكون في مواجهة الكافّة إلى أن يثبت العكس[2]، فالحكم وإن كان لا يحوز سوى حجية نسبية إلا أنّه لا يخلو من أثر بالنّسبة للغير، فليس من حقّ الغير تجاهل الحكم بحجة أن آثاره نسبية؛ ذلك أن الحكم يعتبر بما له من قوة ثبوتية يكون حجة على الكافّة [3].

المطلب الثالث: طرق حماية الغير

وحيث أن الغير قد يتضرر من جراء حكم لم يكن خصماً فيه، وذلك من جراء تشابك العلاقات القانونية التي يصعب الفصل بينها، وقد يكون هذا التّضرر من جراء تواطؤ الخصوم مع بعضهم البعض ضد الغير، لتضييع حقوقه[4].

فقد حرصت الشّريعة الإسلامية، على حماية حقوق الآخرين وعدم التّعدي عليها بأي شكل من الأشكال، فلا يجوز انتهاك حقوق الآخرين والاعتداء عليها باسم القضاء، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن تكون العدالة طريقاً لظلم الآخرين، أو أن يكون القضاء حجة للآخرين لظلم بعضهم البعض، ويوجد أدلّة كثيرة في التّشريع الإسلامي على وجوب حماية الغير ومنها :-

١. عموم الآيات والأحاديث والتّشريعات التي تحثّ على إقامة العدل، وإحقاق الحقّ، ومقاومة الظّلم، وهي كثيرة جدا لا يتّسع بي المقام على حصرها، ولكن أورد منها ، قوله تبارك

(١) مسلم، **صحيح مسلم**، للإمام أبي الحسين مسلم ابن الحجاج النيسابوري، دار السلام، الرياض، ط١: ١٩٩٨م، كتاب الأقضية، ص٧٩٥ ، ورد الحديث برواية أم سلمة، قالت : قال رسول الله ﷺ : " إنّكم تختصمون إلي، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض، فأقضي له على نحو ما أسمع منه، فمن قطعت له من حقّ أخيه شيئا فلا يأخذه، فإنّما أقطع له به قطعة من النّار "

البخاري، **صحيح البخاري** ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٩٩٢، ج٣، ص٢٢٢ ، ورد برواية ام سلمة: " إنّكم تختصمون إلي ولعلّ بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحقّ أخيه شيئاً بقوله فإنّما أقطع له قطعة من النّار فلا يأخذها"

(٢) الصاوي، **أثر الأحكام بالنسبة للغير**، ص ١٢٧

(٣) المصدر السابق: ١٣٠

(٤) خوري، فارس، **أصول المحاكمات الحقوقية، دروس نظرية وعملية**، المطبعة الحديثة، دمشق، ١٩٢٥م ، ص٦٥١

وتعالى : {**إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعا بصيرا**}[١]. وكذلك قوله تعالى: {**إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي يعظكم لعلكم تذكرون**"[٢].وكذلك قوله تعالى: "**ليحق الحق ويبطل الباطل ولو كره المجرمون**"[٣]. والكثير الكثير من أمثال هذه الآيات فالقرآن الكريم مليء بمثل هذه الآيات الكريمة.

٢. ما روته أم سلمة- رضي الله عنها- عن الرسول ﷺ أنّه قال: " إنّكم تختصمون إلي ولعلّ بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحقّ أخيه شيئاً بقوله، فإنّما أقطع له قطعة من النّار فلا يأخذها"[٤]

فالحديث يصرح بالطّلب لمن صدر له حكم يكون فيه ظالماً لغيره بضرورة التّراجع عن هذا الحكم والتّمسك بالحقّ، فمن باب أولى السماح لمن ظلم بالحكم أن يعترض عليه ليأخذ حقّه، خصوصاً وأنّه ﷺ برر كون الحكم قد يظلم أحداً، لأنّه ﷺ لا يعلم الغيب وإنّما يقضي حسب الواقع، وبذلك فهو يحثّ من كان له حقّ على تبيينه والتزام الحقّ في ذلك.

٣. الاستصلاح (استحسان المصلحة)، فمن خلال استعراض عناصر موضوع اعتراض الغير نتبين ما له من أهمية، فهو ذو إيجابيات عديدة والتي من شأنها أن تحقّق المصالح العامة، من حيث تحقيق العدالة، والمحافظة على الحقوق، ومنع الظّلم وتوفير المال. فهي بذلك عملية جلب مصالح لا تعارض مصادر التّشريع الإسلامي الكتاب والسنّة والإجماع، والقياس.والمصالح يجب تحصيلها وعدم تفويتها ومن ثم ينبغي سلوك السبيل المشروع الموصل إليها، وهو الأخذ باعتراض الغير[٥].

٤. القواعد الفقهية، فجاءت العديد من القواعد لتبين أنّه لا يجوز الإضرار بالآخرين ومنها، القاعدة الفقهية " لا ضرر ولا ضرار "، والقاعدة الفقهية التي تتفرع عنها " الضرر يزال "، وهي صريحة في وجوب إزالة الضرر الحاصل، وفي مسألتنا فإن الغير ولا شك يكون قد حصل له ضرر من الحكم المعترض عليه فيجب إزالته.

---

(١) سورة النساء ، ٥٨

(٢) سورة النحل، ٩٠

(٣) سورة الأنفال، ٨

(٤) سبق تخريجه ص٩

(٥) المصري، **التدخل واختصام الغير بين أدب القضاء الإسلامي وقوانين أصول المحاكمات**، ص٧٩، بتصرف

٥. تفعيلاً لنظرية التعسف في استعمال الحقّ في الفقه الإسلامي[١]، فبالرغم من أن المتعسـف يكون قد استعمل حقّاً له، لكنّه أضر به غيره فإنّه لا يقر عليه، فكيف إن كان هذا الضرر قد حصل بغير حقّ، ومن ناحية أخرى فإن المحكمة التي تستخدم حقّها في الفصل بين الخصوم تكون قد تعسفت في حكمها على الغير باستخدامها هذا الحقّ خصوصاً إذا لم تتح له مجـال الاعتراض.

كما أنّه تم في القوانين الوضعية بالجملة إيجاد طرق ووسائل تحفظ لهذا الغيـر حقوقـه، وتصونه من الأذى الذي قد يلحق به، وقلت بالجملة لأنّه على اختلاف الطّرق لحماية الغير، فقد أخذت القوانين الوضعية بطرق حماية الغير قبل الحكم بالتّدخّل والإدخال، إلا أن بعض القـوانين فقط أخذت بطرق حماية الغير بعد الحكم باعتراض الغير، وعليه فإن الطّرق أو التّدابير لحمايـة الغير تنقسم إلى مرحلتين: فمنها ما يكون قبل الحكم. ومنها ما يكون بعد الحكم .

الفرع الأول : طرق حماية الغير قبل الحكم

والمقصود بالطّرق لحماية الغير قبل الحكم، أي أثناء سير الخصومة وقبل صـدور حكـم فيها، ويمكن القول بأنّها طرق وقائية لتلافي الحكم على الغير، ومنها ما يكون بإرادة هذا الغير، ومنها ما يكون دون إرادته، وتبعاً لذلك فتتعدد هذه الطّرق، إلى التّدخّل والإدخال .

المسألة الأولى: تدخل الغير

بحث الفقهاء هذه المسألة عند بحثهم لمسألة الدفع والذي لا يقبل إلا من المدعى عليـه، إلا أنّهم أجازوا لمن يتأثّر بنتيجة الحكم في خصومة لم يكن ممثلاً فيها أن يدفع هذه الدعوى وهو ما يطلق عليه بالتّدخّل[٢]، فكلّما كان الحكم في الدعوى الأصلية يمس الغير، أي غير المتخاصـمين في الدعوى، كان لهذا الغير أن يتدخّل ويدفع الدعوى الأصلية، بما لديه من دفوع، تدفع ما يتأثّر به من الحكم، ويقبل دفعه سواء قبل الحكم بالتّدخّل أو بعده باعتراض الغير.

---

(١) الدريني، فتحي، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ط٢، مؤسسة الرسـالة، بيـروت، ١٩٧٧م، ص٣٧ وما بعدها

(٢) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٢٩٢

فالتّدخّل هو: السماح لمن هو خارج نطاق الخصومة بالتّدخّل فيهـا ليعتبـر خصـم مـن الخصوم فيها، وبالتّالي يستطيع أن يدافع عن حقوقه، بكافّة الوسائل المتاحة للخصوم في الدفاع، فتكييف التّدخّل في الفقه الإسلامي أنّه دفع وقد اتّفق الفقهاء على أن الدفع هو دعوى[١] .

ويمكن أن يكون المتدخّل مطالباً بحقّ له في الخصومة، كأن يتدخّل زيد في دعوى الملـك التي أقامها عمرو على واضع اليد يطالب فيها عمرو الحكم له بملكية دار، فيتدخّل زيد مطالبـاً الحكم له بملكية الدار، فيكون كل من المدعي والمتدخّل مدعيين بجهة ادعاء منفصـلتين، ومـن ذلك ما تم بحثه في مسألة تعدد أطراف الخصومة في الفصل الأول من هذه الأطروحة[٢].

كما يمكن أن يهدف المتدخّل من تدخّله تأييد أحد طرفي الخصومة، وليس طالباً الحكم لـه بالحقّ المدعى به وذلك كتدخّل الوارث، فإذا كان المدعى عليه أحد الورثة فللورثة الآخـرين أن يدفعوا الدعوى[٣]، ويكون هذا الدفع تأييداً للمدعى عليه، أو كتدخّل البائع كما إذا ضـبط المـال المشترى من يد المشتري بالاستحقاق تقبل بينة البائع على كونه اشترى المال من المستحقّ قبـل بيعه المال المذكور للمشتري [٤].

التّدخّل في القانون

أجاز القانون لكل ذي مصلحة أن يتدخّل في الخصومة باختياره دون إلزامه بالخصـومة، لذلك يسمى بالتّدخّل الاختياري، وحيث أن لفظ التّدخّل يدلّ على الاختيار فتم اختصار التّسمية[٥]، وقد يكون المتدخّل طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالطّلب الأصلي وهو مـا يسـمى بالتّـدخل الانضمامي أو التّبعي أو التّحفّظي، وسمي كذلك لأنّه يهدف إلى مساعدة طـرف أصـلي فـي الخصومة وهو الطّرف الذي ينضم إليه المتدخّل سواء كان مدعياً أو مدعى عليه ليحكم له ضـد الطّرف الآخر وبذلك تتحقق مصلحته من التدخّل، كأن يتدخّل الدائن في النّزاع منضـما لمدينـه

---

(١) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٢٩٢ ، باز، سليم رسـتم، **شـرح المجلـة**، ص٧٩٣ ، قراعة، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ص٥٤

(٢) انظر ص

(٣) حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكام** ، ج٤، ص٢٩٢

(٤) ابن نجيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، ج٧، ص٢٠٤، حيدر، **درر الحكام شرح مجلّة الأحكـام** ، ج٤، ص٢٩٢

(٥) والي، **قانون القضاء المدني**، ص٦٣٦

حتى إذا ما حكم له بطلباته زاد ضمانه ، وتدخّل الضامن لمساعدة المـدين الملتـزم الأصـلي المدعى عليه، لأن له مصلحة ظاهرة في رفض الدعوى حتى لا يرجع عليه بدعوى الضمان[١].

ويعد قسيما للنّوع الأول التّدخّل الاختصامي ويسمى كذلك الأصلي أو الهجومي ، وسـمي بذلك لأن المتدخّل يهدف من تدخّله الحكم له بطلبات معينة على أحد الخصـوم الأصـليين فـي الخصومة، فالمتدخّل بهذه الحالة ليس تابعاً لخصم معين وإنّما هو خصم حقيقي فيها، ومثالـه أن تكون هناك خصومة حول ملكية عقار معين بين أ و ب فيأتي ج ويتدخّل في هـذه الخصـومة طالباً ملكية العقار لنفسه[٢]، وكذلك كل خصومة يتدخّل أحد الأشخاص فيها طالبـاً الحكـم لـه بطلبات المدعي ذاتها أو بعضها، أو يطلب الحكم ببطلان تصرف من التّصرفات المتنازع عليها في الخصومة[٣] .

ويترتّب على اختلاف طبيعة كل من التّدخّل الانضمامي والتدخّل الاختصامي عدة نتـائج أهمها :-

١- المتدخّل تدخّلاً انضمامياً لا يجوز له أن يطلب الحكم له بطلب خاص به وإنّما لـه أن يبدي كافّة أوجه الدفاع التي يراها كفيلة بتعزيز مركز الخصم الذي تدخّل منضـماً إليـه؛ لأنّـه تدخّل للتّأييد والمناصرة على عكس المتدخّل المهاجم أو الاختصامي الذي يتّخذ موقف المـدعي المستقل فيما هاجم به بالتّدخّل[٤]، فيعد المتدخّل الاختصامي خصماً كاملاً[٥].

٢- المتدخّل الانضمامي يستطيع أن يدفع الدعوى بكافّة الدفوع المقـررة للخصـم الـذي انضم إليه ما لم تكن قد سقطت، كالدفع بعدم الاختصاص المحلي عندما ينضـم للمـدعى عليـه وغيره من الدفوع، أما المتدخّل المخاصم فلا يستطيع باعتباره مدعياً أن يدفع بعدم الاختصـاص المحلي لأن قيامه بالتّدخّل يفيد تنازله عن هذا الدفع [٦].

---

(١) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٠

(٢) والي، **قانون القضاء المدني**، ص٦٣٧

(٣) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١

(٤) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١

(٥) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ص٣٨٨

(٦) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١

٣- يتحمل المتدخّل الاختصامي مصاريف الدعوى إذا حكم عليه وفقاً للقاعدة العامة، أمـا المتدخّل تدخّلاً انضمامياً يتحمل دائماً مصاريف تدخّله أياً كان الحكم في الـدعوى، وذلـك لأن الطّرف الآخر لم يطلب شيئاً في مواجهته حتى يتحمل مصاريفه إذا حضر[١].

٤- يدور التّدخّل الانضمامي مع الدعوى الأصلية وجوداً وعدماً، فإذا زالـت الخصـومة لأي سبب زال التّدخّل تبعاً لذلك، أما التّدخّل الاختصامي فيظلّ كخصومة قائمة بذاتها[٢].

المسألة الثانية: إدخال الغير

يقوم الإدخال أو اختصام الغير على حقّ أحد الخصمين بإحداث دعوى جديدة على شخص من الخارجين عن الخصومة القائمة، بقصد الرجوع عليه بما قد يحكم به في الدعوى الأصـلية، أو بقصد شمول تنفيذ الحكم الذي سيصدر في حقّه، أو بقصد تحويل الخصومة عن المدعى عليه الحاضر إلى المدخل وذلك كما في المسائل المخمسة وغيرها[٣] .

كما أن للقاضي من تلقاء نفسه إدخال من يرى أن في إدخاله في الخصومة تحقيقاً للعدالة، وإن لم يطلب الخصوم إدخالهم، كما في الدعاوى المخمسة، ويكون ذلك من القاضـي بصـورة أعمال تحقيق القضية لأجل صحة الدعوى وتوجه الخصومة، وللكشف عن وجه القضـاء فـي الخصومة[٤] .

وفي الحالتين يجب وجود علاقة اتّصال بين الدعوى الأصلية والدعوى على الغير، لقبول الإدخال، فطالب الإدخال إما أن يطلب حقّاً له يتعلّق بالحقّ الأصلي قبل المدخَل، وإما أن يـدفع بالإدخال عن حقّ نفسه بمواجهة الخصم الأصلي[٥].

---

(١) راغب، **الموجز في مبادئ القضاء المدني** ، ص٣٨٨-٣٨٩

(٢) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤١-٤٢

(٣) المصري، **التدخل واختصام الغير بين أدب القضاء الإسلامي وقوانين أصول المحاكمات** ، ص١٢٠

(٤) المصري، **التدخل واختصام الغير**، ص١٢٠-١٢١

(٥) المصري، **التدخل واختصام الغير**، ص١٢١

إدخال الغير في القانون

يسمى الإدخال بالتدخّل الجبري لأن الغير المدخل في الخصومة ليس له إرادة في ذلـك، كما ويسمى باختصام الغير لأن توجيه الخصومة يتم في الإدخال لشخص مـن غيـر أطرافهـا الأصليين، وقد يكون بناء على طلب أحد أطراف الخصومة، وقد تأمر به المحكمـة دون طلـب منه[١].

والإدخال يخالف القواعد العامة ، فالقاعدة العامة أن الشّخص لا يلزم بالخصومة التي لم ترفع عليه أصلاً، كما أن الإدخال قد يؤدي لمخالفة قواعد الاختصاص بمقاضاة المـدخل أمـام محكمة غير محكمته، لذلك لا يجوز الإدخال إلا إذا كان هناك ارتباط وثيق بين الطلبات الأصلية والطلبات التي توجه للمختصم[٢] .

ويتم الإدخال عن طريق أحد الخصوم الأصليين في الدعوى على المختصـم بطلبـات معينة، قد تكون نفس الطّلبات في الدعوى الأصلية، وقد تكون طلبات أخرى مرتبطـة بهـا، أو لإلزامه بتقديم ورقة منتجة في الدعوى، أو ليكون الحكم الذي يصدر فيها حجة عليه[٣]، والقاعدة العامة وفقاً للرأي الغالب في الفقه والقضاء الفرنسيين أنّه لا يجوز لأحد أطراف الخصـومة أن يدخل فيها إلا من كان يمكن اختصامه عند بدئها[٤].

كما أنّه يجوز الإدخال للمحكمة من تلقاء نفسها، رغماً عن إرادة الخصـوم بـأمر مـن المحكمة[٥]، وذلك لإظهار الحقيقة في النّزاع لمصلحة العدالة[٦] .

الفرع الثاني: التّدابير بعد الحكم (اعتراض الغير)

كما اتّخذت الشّريعة الطّرق الوقائية قبل الحكم لحماية الغير بالتّدخّل والإدخال، فقد أخذت

---

(١) والي، **قانون القضاء المدني**، ص٦٥٠

(٢) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٣

(٣) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٤

(٤) والي، **قانون القضاء المدني**، ص٦٥١

(٥) والي، **قانون القضاء المدني**، ص٦٦٠

(٦) بدوي، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، ص٤٤ والي، **قانون القضاء المدني**، ص٦٦١-٦٦٢

بالطّرق العلاجية بعد صدور الحكم وتضرر من لم يكن ممثلّاً في الخصومة، فأجازت للمتضـرر أن يعترض على الحكم، يقول ابن فرحون : "إذا قام أحد الشّركاء فخاصم في شيء فقضى عليه, ثم قام أحد شركائه يريد المخاصمة فيه أيضاً, فإن قام بما قام به المقضي عليه حكم عليه وألحقه به ولم تسمع حجته ولا بينته , وإن جاء بغير ذلك نظر له فيه ولم يعجزه"[(١)].

وحقيقة اعتراض الغير في الشّريعة الإسلامية أنّه دعوى يقيمها من يتضـرر مـن حكـم صادر في حقّ يمسه، ولذلك لم يفردوا له مباحث خاصة به، وإنّما انتشرت أحكامه ضمن أبواب الدعوى والقضاء بشكل عام .

والاعتراض لغة: المنع، واعترض عليه أنكر قوله أو فعله، والاعتراض علـى الحكـم : إنكار صحته[(٢)]، وهو مصدر اعترض، وعند المتناظرين إقامة الدليل على خلاف ما أقامه عليـه الخصم "[(٣)].

ويعرف اصطلاحا بعدة تعريفات أهمها :-

عرفه الباز: " هو طريقة غير عادية يتوصل بها شخص ثالث إلى الاعتراض على حكـم مجحف بحقوقه صدر في غيابه لكونه لم يدع ولم يحضر المحاكمة التي تقدمت هذا الحكم"[(٤)].

كما عرفه أبو الوفا" طريق نظمه القانون يسلكه من يتعدى إليه الحكم باعتباره ممثلاً فـي الخصومة، ويقصد به منع امتداد أثر الحكم إليه والتّقرير بأنّه ليس حجة عليه"[(٥)].

وعرفه القانون الفرنسي : " طريق طعن مقرر لمصلحة الغير يهدف إلى تعديل الحكـم أو إلغائه"[(٦)].

---

(١) ابن فرحون، **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**، ج١، ص٢١٠

(٢) قلعجي، محمد رواس وقنيبي، حامد صادق، **معجم لغة الفقهاء** ، دار النفائس، ط١، ١٩٨٥م، ص:٧٥

(٣) البستاني، عبد الله، **معجم الوافي، معجم وسيط في اللغـة العربيـة**، مكتبـة لبنـان، ١٩٨٠م، ص: ٤٠٢، القاموس المحيط، للفيروز آبادي، دار الجيل، بيروت، لبنان، فصل العين * باب الضاد

(٤) باز، سليم بن رستم (من أعضاء شورى الدولة العثمانية)، **شرح قانون المحاكمات الحقوقية**، مكتبة صـادر بيروت، ط٣،١٩٢٥م ، ص٤٩٠

(٥) أبو الوفا، احمد ، **المرافعات المدنية والتجارية**، دار المعارف، ط٩، ١٩٦٧م، ص: ٩٨٣

(٦) صاوي، **اثر الاحكام بالنسبة للغير**، ص١٣٢

كما أنّه لا يوجد في أصول المحاكمات الجزائية اعتراض الغير وإنّما الاعتراض على الحكم الغيابي[1] ويعرف الاعتراض على الحكم الغيابي بأنّه: " تظلّم يقيمه المحكوم عليه غيابياً أمام المحكمة التي أصدرت الحكم لتسمع دفاعه وتفصل في طلباته بإلغاء الحكم أو تعديله "[2]. ويبرر (Guillien) هذا الأمر قائلاً: " الأحكام الجنائية تحوز الحجية المطلقة لأن الضرورة تقتضي ذلك"[3]، إلا أن الصواب في تبرير ذلك أنّه لو نظرنا إلى طبيعة الأحكام الجنائية فإنّنا لا نجد فيها أحكاماً ضارة بالنّسبة للغير، وإنّما تكون أحكامها مقتصرة على الجاني وحده.

وهذا التظلّم جائز بالنّسبة إلى الأحكام القطعية والأحكام الوقتية أو المستعجلة، سواء أكان الحكم صادراً من محكمة الدرجة الأولى أو الثّانية، وسواء أكان وجاهياً أم غيابياً، إلا أنّه لا يسري على محكمة التّمييز[4]، لأن وظيفة هذه المحكمة النّظر في الدعوى بحسب مندرجات الأوراق، والمقصود من التّمييز تأييد الإعلام المميز إذا كان موافقاً للأصول، ونقضه إذا كان مخالفاً لها، وإعادة الدعوى إلى مرجعها القانوني ليحكم بها مجدداً، فليس إذاً من وظيفة محكمة التّمييز أن ترى دعوى حادثة لم تر ولم تفصل لا بداية ولا استئنافاً، غير أنّه إذا أيدت محكمة التّمييز الإعلام المميز فللشّخص الثّالث حينئذٍ أن يراجع المحكمة التي أصدرت الإعلام المذكور بدائية كانت أو استئنافية، وأن يعترض عليه بطريق اعتراض الغير، وإذا نقضت محكمة التّمييز الإعلام المعترض عليه وأعادته إلى مرجعه فله أيضاً أن يتدخّل في المحاكمة الجارية بتلك الدعوى، أو أن يعترض بطريق اعتراض الغير على الحكم الذي يصدر بها إذا كان مجحفاً بحقوقه [5].

فإذا كانت دعوى اعترض الغير مقبولة في هذه الحالة فإن السير في دعوى اعتراض الغير لا يؤثّر على تنفيذ الحكم المعترض عليه كقاعدة عامة، ولكن إذا ثبت أن الحكم كان مجحفاً في حقّ المعترض وكان يتأثّر فعلياً من جراء تنفيذ الحكم، فإن للمحكمة أن تأخّر تنفيذ الحكم بالجزء الذي يتأثّر منه المعترض، ويسري باقي الحكم على باقي الأطراف وهم المحكوم عليه

---

(١) المومني،أحمد سعيد، **الحكم، خصائص الحكم، تحريره، الأحكام العامة في الطعن، ط١،** جمعية عمال المطابع التعاونية، ١٩٩٠م، ص١٠٤ ، النصراوي، سامي ، **دراسة في أصول المحاكمات الجزائية،** مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٦، ص٢١٧ ، سلامة، مامون محمد، **الاجراءات الجنائية في التشريع الليبي،** ط٢، ١٩٧٤م ،ص٣٦٦

(٢) أبو النور، **نظرية الدفوع للدعوى القضائية في الفقه الاسلامي،** ص٣٤٨

(٣) صاوي، **أثر الاحكام بالنسبة للغير،** ج:١١٥، ص١١٨

(٤) أبو الوفا، **أصول المحاكمات المدنية،** ص٧٨٤ ، والي، **قانون القضاء المدني** اللبناني، ص٩٩٢

(٥) خوري، **شرح قانون المحاكمات الحقوقية،** ص٤٩٧

والمحكوم له، وهذا كلّه في حال أن الحكم المعترض عليه قابل للتّجزأة، فإن كان الحكم الأصلي المعترض عليه لا يقبل التّجزأة، بطل الحكم كاملاً في حقّ جميع الأطـراف؛ مـن المعتـرض والمحكوم له والمحكوم عليه [١].

هذا وللمعترض أن يتقدم باستدعاء يطلب فيه وقف تنفيذ الحكم، ويبين فيه وجه تضـرره من جراء تنفيذ الحكم المعترض عليه[٢].

أقسام اعتراض الغير:

ويقسم اعتراض الغير إلى قسمين:

القسم الأول: اعتراض أصلي ، وهو الاعتراض الواقع مجدداً من الشّخص الثّالـث لـدى المحكمة التي أصدرت الحكم المعترض عليه، بدون أن يكون بينه وبين صـاحب ذلـك الحكـم دعوى ما أو خصومة سابقة على الخصوص المنازع به[٣].

ويوجد عدة إجراءات تنظيمية يجب على المعترض اتباعها في اعتراض الغير الأصـلي وهي : -

١- بما أن الاعتراض الأصلي عبارة عن دعوى منفصلة، فيجب أن يقدم استدعاء بـذلك وفقاً لأصوله وشروطه[٤].

٢- أن يرفع الاستدعاء إلى المحكمة التي أصدرت الحكم أو القرار المعترض عليـه؛ لأن دعوى الاعتراض وإن أقيمت على حدة فهي على نوع ما فرع من الدعوى الأصلية، فترى فـي نفس المحكمة لكونها أدرى من غيرها بواقعة الدعوى، فإذا كان الحكم صادراً من محكمة بدائية فيقدم الاعتراض في هذه المحكمة نفسها، وإن كان الحكم صادراً عن محكمة استئناف ففي ذلـك رأيان:-

---

(١) الباز، **شرح قانون المحاكمات الحقوقية**، ص٤٩٧

(٢) الأنطاكي، **صكوك الإجراءات في المواد المدنية والتجارية**، ص٢٤٠

(٣) خوري، **أصول المحاكمات الحقوقية**، ص٦٥٢

(٤) الباز، **شرح قانون المحاكمات الحقوقية**، ص٤٩٩

٣- الجمهور على أنّه سواء كانت محكمة الاستئناف فاسخة للحكم أو مقرة له فإنّه يجب تقديم الاعتراض لمحكمة البداية.

البعض يفرق فإن كانت محكمة الاستئناف مقرة للحكم فعندها يجب تقديمه لمحكمة البداية، وإن كانت محكمة الاستئناف فاسخة للحكم فيجب عندها تقديم الاعتراض لمحكمة الاستئناف نفسها(١).

٤- يجب على المحكمة المعترض فيها أن تحضر جميع الأطراف من المعترض والمحكوم له والمحكوم عليه، ثم تتحقّق من الضرر الذي سيلحق المعترض جراء الحكم فإن لم يوجد ضرر فيجب أن ترد الاعتراض(٢).

إذا رفع اعتراض الغير إلى المحكمة وحكمت به غيابياً فالحكم قابل للاعتراض بغض النّظر عمن حكم له، لأن الدعوى بينهما لم تنفصل إلا مرة واحدة(٣).

إذا استوفى الاستدعاء شروطه وسارت الدعوى حسب الأصول، فيجوز لكل من الطّرفين تبادل اللوائح والدفوع(٤).

القسم الثاني: اعتراض الغير الطارئ، وهو الاعتراض الذي يجري في أثناء رؤية دعوى أخرى بين الخصمين، فيبرز أحدهما إعلاماً صادراً من إحدى المحاكم ليثبت به الدعوى الجارية وعندما يطّلع خصمه على ذلك الإعلام الصادر في غير خصومته يحقّ له أن يعترض عليه اعتراض الغير بصورة طارئة(٥)، ويوجد له عدة إجراءات تنظيمية أبرزها:-

١- لا يعد دعوة مستقلّة، وبالتّالي لا حاجة لتقديم استدعاء جديد كدعوى مستقلّة(٦)، وإنّما يقدم لائحة اعتراض تتضمن الأسباب التي يستند إليها المعترض في إبطال الحكم المعترض عليه(٧)، بل ويكتفى في هذا النّوع من الاعتراض بقبول الاعتراض شفاهة(١).

---

(١) الباز، **شرح قانون المحاكمات الحقوقية**، ص ٥٠٠

(٢) المصدر السابق: ص٥٠١

(٣) الباز، **شرح قانون المحاكمات الحقوقية**، ص٥٠١

(٤) أبو البصل، **شرح قانون اصول المحاكمات الشرعية**، ص٢٢٧-٢٢٨

(٥) خوري، **أصول المحاكمات الحقوقية**، ص٦٥٢

(٦) خوري، **أصول المحاكمات الحقوقية**، ص٦٥٢

(٧) أبو البصل، **شرح اصول المحاكمات الشرعية**، ص٢٢٨

٢- تنظر فيه المحكمة المقام فيها الخصومة إن كانت صاحبة اختصاص ومساوية لدرجة المحكمة التي صدر منها الحكم المعترض عليه، أما إن كانت أعلى منها درجة فيرجع إلى المحكمة التي أصدرت هذا الحكم لتبتّ فيه من جديد ولا تبتّ في المحكمة الأوّل درجة[٢].

٣- وفي حالة تقديم الاعتراض إلى المحكمة الأعلى درجة فإن ذلك لا يؤثّر على السير في الدعوى الأصلية (الثّانية)، وإنّما تسير بشكل طبيعي إلى أن يرد لها من المحكمة العليا ما يشعر بتأخيرها لحين البتّ في دعوى اعتراض الغير المقامة فيها[٣] .

ويشترط في الاعتراض عدة شروط بالنّسبة للاعتراض نفسه أو بالنّسبة للغير أو بالنّسبة لزمن الاعتراض، فشروط الاعتراض نفسه هي[٤] : -

١- أن اعتراض الغير بنوعيه هو دعوى ويجب أن تشتمل على شروطها الشّرعية.

٢- أن يكون اعتراض الغير قائماً على ما يصلح دفعاً للدعوى الأصلية .

٣- أن يكون الحكم الأصلي المعترض عليه مبني على بينة لا على إقرار، لأن البينة حجة متعدية تمتد للغير، أما الإقرار فحجته قاصرة على المقر فقط.

٤- أن يكون الاعتراض واقعاً على حكم قضائي فلا يجوز الاعتراض على حكم المحكّم؛ لأنّه لا يكون حجة إلا بين أطراف التّحكيم.

٥- كما يجب أن يشترط فيه أن يكون قد فصل في القضية الأصلية المعلنة عن الحكم المعترض عليه، فإن لم تكن الدعوى مفصولة فيكون عندها تدخّل لا اعتراض غير .

شروط الغير

ويجب أن تتوافر في الغير الذي يريد اللجوء إلى الاعتراض شروط حتى يقبل منه هذا الاعتراض وهي:-

---

(١) خوري، **أصول المحاكمات الحقوقية**، ص٦٥٢ ، الباز، **شرح قانون المحاكمات الحقوقية**، ص٥٠١-٥٠٢

(٢) خوري، **أصول المحاكمات الحقوقية**، ص٦٥٢-٦٥٣ ، الباز، **شرح قانون المحاكمات الحقوقية** ، ص٥٠٣

(٣) أبو البصل، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية**، ص٢٢٩

(٤) الباز، **شرح قانون المحاكمات الحقوقية**، ص٤٩٢

١- أن يكون من غير الأطراف المتخاصمة، و الحكم ليس حجة عليه ولكنّه يتضرر من جراء تنفيذ هذا الحكم، وأن يكون الضرر مادياً لا معنوياً، لأن المقصود من الاعتراض دفع الضرر المادي[(١)].

٢- من يعتبر الحكم الصادر في الدعوى حجة عليه، ولم يكن قد أدخل أو تدخّل بشرط إثبات غشّ من كان يمثّله أو تواطئه أو إهماله الجسيم .[(٢)] ويشترط أن يكون الحكم المعترض عليه صادراً بعد نشوء العلاقة القانونية بين المعترض والمحكوم له[(٣)] . وبعبارة أخرى كما عبر والي: أن يكون من الغير[(٤)]

٣- أن لا يكون المعترض قد خاصم في الدعوى نيابة عن غيره[(٥)].

٤- أن لا يكون هذا الغير المعترض قد قبل الحكم، لأن الرضا الصريح أو الضمني بالحكم يعد مانعاً من التظلّم بأي طريق[(٦)] .

٥- أن تكون للمعترض مصلحة في اعتراضه، كأن يكون قد لحقه ضرر من الحكم، أو أنّه من المؤكّد أنّه سوف يلحقه الضرر فيما بعد[(٧)].

شروط زمن الاعتراض

الأصل عدم وجود مدة محددة لقبول الاعتراض، ذلك لأن الحقّ لا ينقضي بالتّقادم بل يمنع صاحبه من سماع دعواه بذلك الحقّ بعد مضي مدة التّقادم، وذلك من باب السياسة الشّرعية الهادفة إلى استقرار الحقوق وصيانة للقضاء، وقياساً على ذلك ومن باب السياسة الشّرعية أيضاً فإن قواعد الشّريعة الإسلامية المرنة لا تأبى تحديد مدة معينة يجوز للمتضرر التّقدم باعتراضه خلالها وإلا يمنع سماع اعتراضه .

---

(١) الباز، **شرح قانون المحاكمات الحقوقية**، ص٤٩٢

(٢) أبو الوفا، **المرافعات المدنية والتجارية**، ص٩٨٤

(٣) المصدر السابق: ص: ١٨٤

(٤) والي، **قانون القضائ المدني اللبناني**، ص٩٩٣

(٥) العاني، محمد شفيق ،**أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، ط٢،** مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٦٥م، ص٢١١

(٦) أبو الوفا، **المرافعات المدنية والتجارية** ، ص٩٨٥

(٧) أبو الوفا، **المرافعات المدنية والتجارية** ، ص٩٨٤

أما في القانون فقد تم تحديد مدة معينة لقبول الاعتراض، فقررت بعض القوانين أن دعوى اعتراض الغير يجوز سماعها إلى أن يمر الزمن حماية لهذا الغير في الحقوق التي يتّخذها أساساً لاعتراضه، بينما توجهت بعض القوانين إلى تحديد مدة معينة كشهر شرطاً لقبول الاعتراض.

المبحث الثالث

تغير صفة الشّيء المحكوم به

والمقصود من هذا المبحث معرفة فيما إذا كانت الخصومة تغير صفة الشّيء المحكوم بـه عن حقيقته، فحكم القاضي هل يحلّ ما كان حراماً قبل قضائه , وهل يحرم ما كان حـلالاً قبـل قضائه، وهل تنتج الخصومة أثراً بنفاذ الحكم ظاهراً وباطناً، أم أنّها لا تغير الشّيء المحكوم بـه عن صفته الحقيقية، وأن الحكم لا ينفذ ظاهراً وباطناً .

المطلب الأول: سبب اختلاف الحكم ظاهرا وباطنا

إن مؤدى الخصومة وسير إجراءاتها إلى إيجاد حكم عادل في الحقّ المتنازع فيه، ومعنى الحكم العادل أن يوافق الحقيقة، وذلك بأن يتوافق ظاهر الحكم مع باطنه، بأن يكون حكم القاضي وهو الظّاهر موافق لحقيقة الأمر وهو الباطن، إلا أنّه في بعض الأحيان قد يفترق الحكم الظّاهر عن الحكم الباطن، وسبب هذا الافتراق يعود لحالتين: -

أولهما: تعثّر العدالة في مرحلة انعقاد الخصومة، وهي مرحلة إثبات الوقائع المدعى بها، وقد يكون ذلك إما بتوهم الشّهود وخطئهم، وإما بأن كانوا شهود زور، وإما بعجز الملقى علـى عاتقه عبء الإثبات من الإثبات، رغم وجود الحقّ في جانبه، وذلك لأي سبب من أسباب العجز، كأن يفقد بينته، أو أن لا توافق بينته دعواه لسهو الشّهود ونسيانهم، فيقوم المدعى عليه بـالحلف والقضاء له بقضاء التّرك، وقد عبر عنه بعض الفقهاء بأنّه فيما يتعلّق بالحكم بالنّسبة إلى الحجج الظّاهرة[(١)].

ثانيهما: تعثّر العدالة في مرحلة انتهاء الخصومة، وهي مرحلة إسقاط حكم الشّرع علـى الوقائع الثّابتة من خلال مرحلة انعقاد الخصومة، فسواء ثبتت الوقائع المدعى بها أو بعضـها أو لم تثبت، وجب على القاضي إسقاط حكم الشّرع على هذه الوقائع بحسم النّزاع في حال الثّبـوت ويكون بقضاء الاستحقاق، أو بفصل الخصومة دون حسم النّزاع في حال عدم الثّبوت بوسـائل حسم النّزاع ويكون بقضاء التّرك، وقد يكون ذلك إما بتعمد القاضي بكونه عرف الحقّ ولم يقض به، وإما بجهل القاضي وإسقاط حكم خاطئ على الواقعة بكونه لم يعرف الحقّ ولم يقـض بـه،

---

(١) ابن دقيق العيد، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، ج٢، ص٢٧٤

وإما بخطأ القاضي في المجتهدات بإصابة كبد الحقيقة وما هو الحكم عند الله، ورغم خطئه مع إعمال فكره يكون له أجر خلافاً لمن أصاب فله أجران .

المطلب الثاني: نفاذ الحكم ظاهرا وباطنا

وقد أثّر وجود هاتين المرحلتين على مسألة نفاذ الحكم ظاهراً وباطناً في حال افتراقهما، فسبب الافتراق في الحكم ظاهراً عنه باطناً النّاتج عن الحالة الأولى يختلف حكمه عن سبب الافتراق في الحالة الثّانية على التّفصيل التالي :-

فالاختلاف في الحكم ظاهراً عنه باطناً بسبب عائد إلى الأسباب المذكورة في الحالة الثّانية، وهي مرحلة إسقاط حكم الشّرع على الوقائع، فإن كان السبب هو قصد القاضي، أو جهله بالحكم بأن خالف نصاً أو إجماعاً أو صواباً، فإن هذا الحكم لا ينفذ ظاهراً، ويجب نقضه وعدم إنفاذه، فهو أي الحكم كالعدم لا يحلّ حراماً ولا يحرم حلالاً .

أما إن كان سبب الافتراق خطأ القاضي في أمر مجتهد فيه في جميع الحقوق فلا يجوز نقضه بحال، وقد اختلف الفقهاء في نفاذ حكمه ظاهراً وباطناً على قولين: -

القول الأول: أن حكم القاضي يرفع الخلاف في المجتهدات وينفّذ ظاهراً وباطناً؛ حتى لو خالف اعتقاد القاضي اعتقاد المحكوم له ، و ذهب إليه: المالكية[(١)] ورواية عند الحنابلة[(٢)] وبعض الحنفية[(٣)] والشّافعية في رواية[(٤)]، وذلك مثل قضاء القاضي بشفعة الجوار إذا كان مذهب المقضي له لا يجيزها فينفذ ظاهراً وباطناً ويحلّ للأخير الأخذ بهذه الشّفعة، ويجب ملاحظة فيما لو حكم الحاكم بما يرى المحكوم له تحريمه، فليس للمدعي ابتداء أن يدعي ويطلب من الإمام ما يرى أنّه حرام، ومن فعل هذا فقد فعل ما يعتقد تحريمه وهذا لا يجوز، لكن لو كان الطّالب غيره أو ابتدأ الإمام بحكمه أو قسمه فهنا يتوجه القول بالحلّ[(٥)]. كما لو حكم قاضي حنفي لشافعي في

---

(١) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٨، ص١٤٤، الحطاب، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، ط٢، دار الفكر، ج٦، ص١٤٠

(٢) ابن قدامة، **المغني** ، ج١٠، ص١٠٦ ، ابن تيمية ، **الفتاوى الكبرى**، ج٥، ص٥٦٤

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٨٣، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٧، ص١٦

(٤) ابن دقيق العيد، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، ج٢، ص٢٧٤، الرملي، **فتاوى الرملي**، ج٤، ص١١٥، الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، بهامش المنهاج، ج١٠، ص١٤٦

(٥) ابن تيمية ، **الفتاوى الكبرى**، ج٥، ص٥٦٤

شفعة الجار، فهو أمر مجتهد فيه أجازه الحنفي، ولم يجزه الشّافعي، فحكم الحنفي يحـلّ الأمـر للشّافعي مع مخالفة اعتقاده، لأن الحكم ينفّذ ظاهراً وباطناً في المجتهدات، فالحكم يرفع الخـلاف ويكون الحكم هو حكم الله في هذه المسألة[1].

القول الثاني: أن القضاء لا ينفّذ في الظّاهر والباطن معاً مطلقاً , وأن حكـم القاضـي لا يغير حكماً شرعياً في الباطن، ولا يحلّ حراماً ولا يحرم حلالاً على من علمه في باطن الأمـر، وذهب إليه الشّافعية في رواية[2] والحنابلة في رواية[3]،، وذلك أن الحاكم إنّما يحكم بمـا ظهـر وهو الذي تعبد به , ولا ينقل الباطن عند من علمه عما هو عليه من التّحليل والتّحريم[4] .

أما إن كان سبب افتراق الحكم ظاهراً عنه في الباطن الحالة الأولى، أي في مرحلة انعقاد الخصومة لعدم الثّبوت، وهو ما يتعلّق بالحكم بالنّسبة إلى الحجج الظّاهرة[5]، كأن حكم القاضـي بشهادة زور، أو حكم بقضاء التّرك بحلف المدعى عليه بعد عجز المدعي المحقّ عن الإثبـات، فإن ما ينتج عن حكم القاضي اختلاف الحكم الظّاهر عن حقيقة الأمر وهو الباطن ، وقد اختلف الفقهاء في نفاذ حكمه ظاهراً وباطناً على قولين: -

القول الأول: أن القضاء لا ينفذ في الظّاهر والباطن معاً مطلقاً , وأن حكم القاضي لا يغير حكماً شرعياً في الباطن، فحكم القاضي لا يحلّ ما كان حراماً قبل قضائه , ولا يحرم مـا كـان حلالاً قبل قضائه، و ذهب إليه: المالكية[6]والشّافعية[7] والحنابلة[8]، والظّاهرية[9] ومحمد وزفـر وأبو يوسف في قوله الآخر من الحنفية[10]، والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور[1].

---

(١) ابن دقيق العيد، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، ج٢، ص٢٧٤

(٢) ابن دقيق العيد، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، ج٢، ص٢٧٤

(٣) ابن قدامة، **المغني** ، ج١٠، ص١٠٦ ، ابن تيمية ، **الفتاوى الكبرى**، ج٥، ص٥٦٤

(٤) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ص٨٥

(٥) ابن دقيق العيد، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، ج٢، ص٢٧٤

(٦) المواق، **التاج والإكليل لمختصر خليل**، ج٨، ص١٤٤، الحطاب، **مواهب الجليل شرح مختصر خليل**، ط٢، دار الفكر، ج٦، ص١٤٠

(٧) ابن دقيق العيد، **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، ج٢، ص٢٧٤، الرملي، **فتاوى الرملي**، ج٤، ص١١٥، الهيتمي، **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، بهامش المنهاج، ج١٠، ص١٤٦

(٨) ابن قدامة، **المغني** ، ج١٠، ص١٠٦

(٩) ابن حزم، **المحلّى بالآثار**، ج٨، ص٥١٨

(١٠) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٨١، ، الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج ٧، ص١٦

القول الثاني: أن حكم القاضي ينفّذ ظاهراً وباطناً لكن بشرط أن تكون الـدعوى بسـبب معين كالنّكاح والبيع والإجارة لا في الأملاك المرسلة، فإذا كان الحكم مبنياً علـى شـهادة زور فهو محلّ قابل للنّفاذ في العقود وفي الفسوخ كالإقالة والطّلاق فينفّذ الحكم ظاهراً وباطناً، وذهب إليه أبو حنيفة[٢].وشرط صحة الإنشاء الشّهادة والمحل القابل له ولا شك أن المحلّ شرط حتـى إذا كانت المرأة منكوحة الغير, أو محرمة عليه بسبب لا ينفذ قضاؤه لانعدام المحـلّ . فكـذلك الشّهادة شرطه إلا أن مجلس القضاء لا يخلو عن شاهدين ; فلهذا لم يذكر الشّهادة[٣].

وما يترتّب على القولين من أثر أن القول الأول لا يغير الشّيء عن صفته الحقيقية ، فإن كان في الباطن حراماً فلا يحلّ بالحكم، وعلى القول الثّاني فإن الحكم الظّاهر يغير الشّيء عـن صفته، فإن كان باطنه حراماً فيصبح بالحكم حلالاً، فعلى القول الأول إذا حكم القاضي بصـحة نكاح لم يكن صحيحاً في حقيقة الأمر لم يحلّ للمحكوم له الاستمتاع بالمرأة , وعليها الامتناع ما أمكن ، وعلى القول الثّاني فيحلّ له الاستمتاع بها، كما يحلّ لها تمكينه منها[٤]، وعلـى القـول الثّاني لو أن امرأ رشا شاهدين فشهدا له بزور أن فلانا طلّق امرأته فلانة , وأعتق أمتـه فلانـة وأن المرأتين بعد العدة رضيتا بفلان زوجاً, فقضى القاضي بهذه الشّـهادة , فـإن وطء تينـك المرأتين حلال للفاسق الذي شهدوا له بالزور , وحرام على المشهود عليه بالباطل[٥].

الفرع الأول: أدلّة القول الأول، القائلين بعدم النّفاذ ظاهراً وباطناً

١. قوله تعالى {**وَلا تَأْكُلُوا أَموالَكُم بينَكُم بِالْباطِلِ وتُدلُوا بِها إِلى الْحكامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِـن أَموالِ الناسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُم تَعلَمون** }[٦].

وجه الدلالة: نهى الله تعالى عن أكل مال الغير بالباطل محتجـاً بحكـم الحـاكم، فهـو تنصيص على أنّه وإن قضى القاضي له بالشّراء بشهادة الزور لا يحلّ له تناوله, ويكـون ذلك منه أكلاً باطلاً[١].

---

(١) ابن قدامة، **المغني** ، ج١٠، ص١٠٦

(٢) الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج٧، ص١٦ ، السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٨١

(٣) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٨٣

(٤) ابن فرحون، **تبصرة الحكّام**، ص٨٥

(٥) ابن حزم، **المحلّى** بالآثار، ج٨، ص٥١٧

(٦) سورة البقرة، الآية ١٨٨

٢. عن أم سلمة قالت : قال رسول الله ﷺ : { إنّكم تختصمون إلي , وإنّما أنا بشر, ولعـلّ بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض, وإنّما أقضي بينكم على نحو مما أسمع منكم , فمن قضيت له من حقّ أخيه بشيء فلا يأخذه , فإنّما أقطع له قطعة من النّار يأتي بهـا يوم القيامة}(٢).

وجه الدلالة: فإذا كان حكمه عليه الصلاة والسلام وقضاؤه لا يحلّ لأحد ما كان عليه حراماً فكيف القول في قضاء أحد بعده(٣).

٣. وقد صح عن رسول الله ﷺ أنّه قال : { إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم وأبشاركم عليكم حرام }(٤) .

وجه الدلالة: التّصريح بحرمة الدماء والأموال والأعراض، والتّحريم على مطلقه سواء قبل الحكم أو بعد الحكم .

٤. و قال ﷺ: { سباب المسلم فسق، وقتاله كفر، وحرمة مالـه كحرمـة نفسـه}(٥). وجـه الدلالة: فكما أن من قصد قتل المسلم بغير حقّ فجزاؤه جهنّم خالداً فيها، فكذلك إذا قصد أخذ ماله بالباطل والتلبيس(٦) .

٥. عن شريح أنّه كان يقول للخصوم : سيعلم الظّالمون حقّ من نقصوا , إن الظالم ينتظـر العقاب, وإن المظلوم ينتظر النّصر(٧) .

٦. كان شريح ممن يقول للخصيم : يا عبد الله , والله إنّي لأقضي لك وإنّي لأظنّك ظالماً , ولكنّي لست أقضي بالظّن, ولكن أقضي بما أحضرني, وإن قضائي لا يحلّ لك ما حرم عليك(٨).

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٨١

(٢) سبق تخريجه ص ٢٢٦

(٣) ابن حزم، **المحلّى** بالآثار، ج٨، ص٥١٧

(٤) ابن حزم، **المحلّى** بالآثار، ج٨، ص٥١٧

(٥) النسائي، **سنن النسائي**، ج٨ ، ص١٠٩ ، قال الشيخ الألباني:صحيح الإسناد موقوف.

(٦) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص٨٧-٨٨

(٧) ابن أبي شيبة، **المصنف**، ج٥، ص٣٥٧

(٨) ابن أبي شيبة، **المصنف**، ج٥، ص٣٥٧

الفرع الثاني: أدلّة القول الثّاني القائلين ينفذ ظاهراً وباطناً

واحتجوا بحكم اللعان[١], وقالوا: معلوم أن الزوجة إنّما وصلت إلى فراق زوجها باللّعـان الكاذب الذي لو علم الحاكم كذبها فيه ما فرق بينها وبين زوجها[٢].

ويرد عليه: فأما اللعان, فإنّما حصلت الفرقة به لا بصدق الزوج , ولهذا لو قامت البينة به لم ينفسخ النّكاح[٣].

كما احتجوا بما روي أن رجلاً ادعى على امرأة نكاحاً بين يدي علي- رضي الله عنـه- وأقام شاهدين فقضى علي- رضي الله عنه- بالنّكاح بينهما فقالت المرأة: إن لم يكن بداً يا أميـر المؤمنين فزوجني منه فإنّه لا نكاح بيننا، فقال علي: شاهداك زوجاك[٤].

وجه الدلالة: ما نقل عن علي- كرم الله وجهه- في هذا الباب كالمرفوع إلى رسول الله ﷺ فلا طريق إلى معرفة ذلك حقيقة بالرأي، فقد طلبت منه أن يعفها عن الزنا بل يعقـد النّكـاح بينهما فلم يجبها إلى ذلك، ولا يقال إنّما لم يجبها إلى ذلك ; لأن الزوج لم يرض بذلك; لأنا نقول ليس كذلك بل الزوج راضٍ ; لأنّه يدعي النّكاح والمرأة رضيت أيضاً حيث قالت: فزوجني منه. وكان يتيسر عليه ذلك فقد كان الزوج راغباً فيها , ثم لم يشتغل به وبين أن مقصودهما قد حصل بقضائه، فقال: شاهداك زوجاك، أي ألزماني القضاء بالنّكاح بينكما فثبت النّكاح بقضاء[٥].

ويرد عليه: فهذا الخبر عن علي إن صح فلا حجة لهم فيه; لأنّه أضـاف التّـزويج إلـى الشّاهدين لا إلى حكمه, ولم يجبها إلى التزويج; لأن فيه طعناً على الشّهود[٦] .

أن القاضي قضى بأمر الله تعالى فيما له فيه ولاية الإنشاء وقضاؤه بأمر الله تعالى يكـون نافذاً حقيقة لاستحالة القول بأن يأمر الله تعالى بالقضاء , ثم لا ينفّذ ذلك القضاء منه[٧].

---

(١) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٨٣

(٢) ابن فرحون، **تبصرة الحكام**، ص٨٥

(٣) ابن قدامة، **المغني** ، ج١٠، ص١٠٦

(٤) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٨٣

(٥) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٨٣

(٦) ابن قدامة، **المغني** ، ج١٠، ص١٠٦

(٧) السرخسي، **المبسوط**، ج١٦، ص١٨٣

الرأي الراجح:

يبدو جلياً أن الراجح في مسألة نفاذ حكم القاضي ظاهراً وباطناً عند اختلافهما في مرحلة إسقاط حكم الشّرع على الواقعة، ما ذهب إليه الجمهور من أن قضاء القاضي ينفّذ ظاهراً وباطناً، فيحلّ للمحكوم له ما يعتقد حرمتة من المقضي به، ولكن مع مراعاة ما سبق وأن تمت الإشارة إليه من أنّه يحرم عليه ابتداء أن يدعي ويطلب القضاء له بما يعتقد حرمته عليه، والتّرجيح مبني على أن قضاء القاضي في المجتهدات ليس فيه خطأ في استنتاج الوقائع من الحجج والبينات، فليس فيه تغيير للواقع، وإنّما هو خطأ في أمر أجاز الشّرع الخطأ فيه، فيقول ﷺ : **إذا حكم الحاكم فاجتهد فأخطأ فله أجر واحد وإذا حكم فاجتهد فأصاب فله أجران**"[(١)].

وأن ما ذهب إليه الجمهور من أن حكم القاضي لا ينفّذ ظاهراً وباطناً باختلافهما بسبب استنتاج الوقائع وثبوتها بالحجج الظّاهرة، وهي في مرحلة انعقاد الخصومة هو الراجح، وذلك لأن اختلاف الحكم باطناً عنه ظاهراً عائد إلى تغيير في الوقائع عن حقيقتها، وأن حكم الحاكم بالواقعة الثّابتة عنده بخلاف حقيقتها لا يغير هذه الواقعة عن أصلها خلافاً لحكمه في أمر مجتهد فيه، فيصير حكمه هو حكم الله في الواقعة الثّابتة على حقيقتها، وذلك ما نص عليه ﷺ بأنّه يحكم بحسب ثبوت الوقائع، وأن ما يحكم به بخلاف الواقع لا يبيح للمحكوم له استمراء الباطل، فإن كان هذا من المعصوم المؤيد بالوحي فكيف بمن دونه .

---

(١) الدارقطني، **سنن الدار قطني**، ج٧، ص٨٨

الخاتمة

أسأل الله الكريم رب العرش العظيم أن أكون قد وفّقت في بحثي هذا لما فيه الخيـر لـي وللمسلمين . وأن أكون قد أصبت بما توصلت إليه من نتائج في الموضوع، ومن أهم هذه النتائج والتوصيات: -

١. تميزت الشريعة عن القانون الوضعي في جانب ظن كثير من المهتمين وحتى المتخصصين قصور التشريع الإسلامي فيه عن القانون الوضعي، متذرعين بأن الشـريعة الإسـلامية لا توكل عناية بالشكل، وإنّما تركز على الموضوع، وحيث تجلت الحقيقة، فلنلبي نـداء العقـل باتباع المتميز، ولنخلع ما أُثقلنا بحمله وبانت حقيقته .
٢. النزاع موضوع ذو أهمية كبيرة لم تصاغ فيه نظرية لا في الشريعة ولا في القـانون، وقـد وضعت أسسا لصياغة نظرية فيه، فركنه المصلحة، وشرطه تعارض مصـلحتين فـأكثر، وسببه الجهل، أو الإفتئات على الحق، وموضوعه الحق المتنازع عليـه، فأوصـي ببحثـه بأطروحة علمية، عسى الله أن ينفع بها .
٣. ليس الفارق بين الشريعة والقانون الوضعي شكلي، بأن القانون الوضعي مدرج ضمن قوانين ومواد مرتبة، فقد تم تقنين بعض أبواب الفقه الإسلامي، وكما رأينا فإن كلا مـن التشـريع الإسلامي والقانون الوضعي يتشكل من قواعد قانونية أو شرعية متشـابهة فـي المميـزات والخصائص، إنما الفارق الذي لا يلتقيان فيه هو مصدر استقاء القواعد التـي تشـكل كـلاً منهما، فبينما مصدر قواعد التشريع الإسلامي إرادة الله، فمصدر القواعد القانونيـة البشـر، وما أدل على الفارق العملي من قصور القانون الوضعي إلا كثرة القوانين وما يعتريها مـن تعديلات وتغييرات مستمرة، وبما يتعرض له القانون الوضعي من التحايل من قبل الأفـراد لانتفاء ما ميز التشريع الإسلامي عنه من الرقابة الذاتية .
٤. رغم وجود طرق بديلة لتحصيل الحقوق، إلا أن الطريقة التي تهاوت أمامها تلك الطرق هي الخصومة، لذلك فهي ذات أهمية كبيرة، لتعلقها بأمر عظيم، فتحصـيل الحقـوق، والعـدل، ومحاربة الظلم، من المقاصد الكبرى التي تدور عليها الشريعة الإسلامية .
٥. إن صياغة نظرية متكاملة في الخصومة في الشّريعة الإسلامية وفي القانون، بإرساء أسـس وقواعد لهذه النظرية، وإدراج فروعها ضمن ضوابط ثابتة، وصولا لترابط وانسجام تام بين مقومات وعناصر هذه النظرية يحصل به تصور كامل وفهم دقيق لموضوع اتّسعت أركانـه وتشعبت وتنوعت فروعه، فبإيجاد تلك الأسس والقواعد والضوابط التي تندرج تحتها الفروع المتنوعة تحصل الفائدة العلمية والعملية .

٦. ترتّب عدة نتائج عملية على تقسيم الخصومة لمراحل مختلفة، فحيث أن الإقرار في الشريعة الإسلامية ضمن مرحلة إبتداء الخصومة فبه تنته الخصومة دون إنعقادها، فلا يترتب عليه وجود حكم حاسم للنزاع، وإنما تسجيل الإقرار للعمل به، بينما في القانون الوضعي تبع الإقرار لمرحلة إنعقاد الخصومة، فيترتب على الإقرار إنتهاء الخصومة بحكم في موضوع النزاع .

٧. كتب بعض الباحثين في عوارض الدعوى، وتبين بأنه خطأ إذ أن العوارض لا تعرض للدعوى وإنما تعرض للخصومة أثناء سيرها، ومنها ما ينهي الخصومة دون وصولها لغايتها وهي الحكم، وهو ما يسميه أهل القانون الإنتهاء المبتسر للخصومة، ومنها ما يعرض للخصومة ولا ينهيها وإنما يعرقل سيرها ويجمدها .

٨. إن موضوع حياد القاضي، موضوع لم يتم بحثه من قبل الباحثين، وهو موضوع جدير بالبحث، ورغم أنه أمر نفساني يتعلق بميول القاضي، إلا أن له مظاهر عملية تظهر في سلوك القاضي وسيرته مع الخصوم، كالمواجهة بين الخصوم، وفي عدم تلقين أياً من الخصوم أو الشهود، وفي تقيد القاضي بالوسائل الشرعية للإثبات، وفي عدم تأخير وصول الحقّ لصاحبه بعد ظهوره، بتأخير الحكم ، أو السماح للخصوم بالمماطلة .

٩. ترسخت بعض الإجراءات في الخصومة بحيث أصبحت ثابتة لا تنفك عنها، واستحقت لقب مبادئ، فتم بحث هذه المبادئ ودراستها بفصل مستقل .

١٠. إن للخصومة آثارا تنتج عنها، فينتج عن الخصومة حسم النزاع، وهو هدف الخصومة وغايتها، كما أن من آثارها التنفيذ وهو ثمرة الخصومة، وثمة أمر مختلف فيه وهو تغير صفة الشيء عن حقيقته، فمن قال به، فيعد أثرا من آثار الخصومة .

هذا فان أصبت فمن الله وإن اخطأت وزللت، فأرجوا الله أن يغفر لي زلاتي إنّه أهل الثناء والمغفرة.

اللهم انفعنا بما علّمتنا وعلّمنا ما ينفعنا وزدنا علما، وصلوات ربي وسلامه، على عبده ورسوله، وصفوته من خلقه سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه ومن سار على دربه واهتدى بهديه إلى يوم الدين وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

تنزيل العزيز الرحيم، **القرآن الكريم .**

إبراهيم، محمد محمود، **أصول التنفيذ الجبري**، مطبعة دار الفكر.

الابياني، محمد زيد، **مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية**، ط٣، ١٩٢٤.

إدريس، عبد الفتاح، **القضاء بالأيمان والنكول بحث فقهي مقارن**، ط١ ، ١٤١٤ – ١٩٩٣م .

أطفيش، محمد بن يوسف بن عيسى، (ت١٣٣٢،)**. شرح النيل وشفاء العليل**، ط٣، دار الرشاد، جدة، ١٩٧٢.

ابن أمير، الحاج، (ت:٨٧٩هـ). **التقرير والتحبير في شرح التحرير**، دار الكتب العلمية.

الأنصاري، أبو يحيى زكريا، **الغرر البهية في شرح البهجة الوردية**، المطبعة اليمنية .

الأنصاري، زكريا بن محمد، (ت:٩٢٦هـ). **أسنى المطالب شرح روض الطالب** ، ط١، دار الكتاب الإسلامي .

البابرتي، محمد بن محمود، (ت:٧٨٦هـ). **العناية شرح الهداية** ،دار الفكر، بيروت.

الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، (ت:٤٧٤هـ). **المنتقى شرح الموطأ**، دار الكتاب الإسلامي .

باز، سليم بن رستم (من اعضاء شورى الدولة العثمانية)، **شرح قانون المحاكمات الحقوقية**، مكتبة صادر بيروت، ط١٩٢٥.

باز، سليم رستم، **شرح المجلة**، ط٣، دار العلم للجميع، بيروت، لبنان، ١٩٩٨م.

البجيرمي، سليمان بن محمد المصري، (ت:١٢٢١هـ). **تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي على الخطيب)**، دار الفكر، بيروت .

البجيرمي، سليمان بن محمد بن عمر، (ت:١٢٢١هـ). **حاشية البجيرمي علـى شـرح منهج الطلاب، المعروف بالتجريد لنفع العبيد**، ط١، دار الفكر العربي، بيروت، ١٩٩٦.

البخاري، أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم ابن المغيرة بن بردزبـة، (ت:٢٥٦هـ). **صحيح البخاري**، تحقيق: محمود محمد محمود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

البخاري، علاء الدين عبد العزيز بن أحمد، (ت:٧٣٠هـ-١٣٣٠م). **كشف الأسرار شرح أصول البزدوي**، دار الكتاب الإسلام.

البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبـدالله البخـاري الجعفـي، (ت ٢٥٦). **الجـامع الصـحيح المختصر** تحقيق : د. مصطفى البغا ، دار ابن كثير , اليمامة ، لبنـان – بيـروت ، ط٣ ، ١٤٠٧ – ١٩٨٧م.

بديوي، عبد العزيز خليل ابراهيم، **بحوث في قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام**، دار الفكر العربي.

بريكة، روحي يونس، **أحكام النكول في الفقه الإسلامي** ، رسالة ماجستير ، اشـراف الـدكتور علي حسين الصوا ، الجامعة الأردنية.

البستاني، عبد الله، **معجم الوافي، معجم وسيط في اللغة العربية**، مكتبـة لبنـان، ١٩٨٠م، ص: ٤٠٢، القاموس المحيط، للفيروز آبادي، دار الجيل، بيروت، لبنان.

أبوالبصل، عبدالناصر، **شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ونظام القضاء الشـرعي**، دار الثقافة، ١٩٩٩.

أبو البصل، عبد الناصر موسى، **نظرية الحكم القضـائي فـي الشـريعة والقـانون**، ط١، دار النفائس، عمان .

البهوتي،منصور بن يونس،(ت: ١٣٢٦هـ). **كشاف القناع عن متن الإقناع** ، تحقيـق: محمد عدنان درويش، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط١: ١٩٩٩م .

البيهقي، أحمد بن الحسين (٤٥٨هـ) **السنن الكبرى** ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، ط١ ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، **١٩٩٤.**

الترمذي، للحافظ أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة، (ت:٢٧٩هـ). **جـامع الترمـذي**، ط١، تحقيق: يوسف الحاج أحمد، مكتبة ابن حجر، ٢٠٠٤ م .

الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى السلمي ، (ت ٢٧٩). **الجامع الصحيح سـنن الترمـذي،** تحقيق : أحمد محمد شاكر ، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان .

الترمذي، محمد بن عيسى، (ت:٢٧٩ هـ). **سنن الترمذي**، ط١، تحقيق: أحمد محمـد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث العربي ، **بيروت.**

التكروري، عثمان، **الوجيز في شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية**، مكتبة دار الثقافة.

التميمي، أبو حنيفة النعمن بن محمد بن منصور بن أحمد بن حيون التميمي المغربـي، **دعـائم الاسلام وذكر الحلال والحرام والقضايا والأحكام عن أهل بيت رسول الله عليـه وعلـيهم أفضل السلام** تحقيق: آصف أصغرفيضي، دار المعارف ، مصر، ١٣٧٩ – ١٩٦٠م.

ابن تيمية، تقي الدين أحمد بن عبد الحليم ابن تيمية، (ت:٧٢٨هـ). **الفتاوى الكبرى**، دار الكتب العلمية، بيروت.

جانم، جميل فخري محمد، **اليمين القضائية،** رسالة ماجستير ، بإشراف الدكتورحسن أبو عيد ، الجامعة الاردنية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

الجصاص، أحمد بن علي الرازي، (ت:٣٧٠ هـ). **أحكام القران**، دار الفكر، بيروت.

الجمالي، علاء الدين، **اليمين كوسيلة من وسائل الاثبات لدى القضاء**، رسالة حقوقية باشـراف د. ماجد الحلواني، الجامعة السورية، ١٩٥٣.

الجمل، سليمان، **فتوحات الوهاب بتوضيح شرح المنهاج المعروف (حاشية الجمل)**، دار الفكر، بيروت.

حافظ، مجدي، (٢٠٠٤). **الحبس الاحتياطي** ، دار الكتب القانونية، مصر.

الحاكم، **المستدرك على الصحيحين في الحديث**، المتوفى: ٤٠٥هـ، وفي ذيله **تلخيص المستدرك للذهبي**، المتوفى: ٨٤٨هـ، مكتبة ومطابع النصر الحديثة، الرياض.

الحاكم، محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري، (ت:٤٠٥ هـ). **المستدرك على الصحيحين**, ط١، تحقيق: مصطفى عبد القادر, دار الكتب العلمية , بيروت , ١٩٩٠.

الحاكم، محمد بن عبدالله أبو عبدالله النيسابوري، (ت٤٠٥). **المستدرك على الصحيحين**، ط١، تحقيق : مصطفى عطا، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان ، ١٤١١ – ١٩٩٠م.

ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، (ت٨٥٢هـ). **تلخيص الحبير** ،تحقيق السيد اليماني ،المدينة المنورة،١٩٦٤م.

ابن حجر الهيتمي، شهاب الدين أحمد بن محمد بن حجر، **الفتاوى الفقهية الكبرى (فتاوى ابن حجر)**، المكتبة الإسلامية .

ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، (ت: ٤٥٦هـ). **المحلى بالآثار**، دار الفكر، بيروت .

أبو حسان، محمد، **تراث البدو القضائي**، ط٣، وزارة الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.

الحسيني، تقي الدين أبي بكر ين محمد الشافعي، **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار**، ط١، تحقيق: علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان ، دار الخير ، ١٤١٢ .

الحطاب، لأبي عبد الله المغربي، (ت:٩٥٤هـ). **مواهب الجليل شرح مختصر خليل،** وبهامشه **التاج والإكليل لمختصر خليل،** لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق، (ت:٨٩٧هـ)، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١: ١٩٩٥م.

الحموي، أحمد بن محمد الحنفي، **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت.**

ابن حنبل , أحمد , **مسند أحمد** , بدون طبعه , مؤسسة قرطبة , مصر.

حيدر، علي، **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام،** تعريب المحامي فهمي الحسيني، ط١، دار الجيل، بيروت، ١٤١١هـ.

الخرشي، محمد بن عبدا لله، (ت:١١٠١ هـ). **شرح الخرشي،** ط١، دارالفكر،بيروت .

الخصاف، أبو بكر احمد بن عمر، شرحه الامام عمر بن عبد العزيز المعروف، **شرح أدب القاضي، ط١،** تحقيق: أبو الوفا الافغاني، وابو بكر الهاشمي، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ.

الخطيب، عدنان، **الإجراءات الإدارية دراسة نظرية وعملية مقارنة،** محاضرات لطلاب قسم الدراسات القانونية،١٩٦٨.

ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد، (ت:٨٠٨هـ). **مزيل الملام عن حكام الأنام،** ط١، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد ، دار الوطن، الرياض، ١٤١٧هـ.

ابن خلدون، ولي الدين عبد الرحمن بن محمد، (ت:٨٠٨هـ).**مقدمة ابن خلدون،** ط١، تحقيق: حامد أحمد الطاهر، دار الفجر للتراث، القاهرة، ٢٠٠٤

ابن الأخوة، محمد بن محمد بن أحمد القرشي، معالم القربة في معالم الحسـبة، دار الفنـون "، كمبردج.

خوري، فارس، **أصول المحاكمات الحقوقية، دروس نظرية وعملية**، المطبعة الحديثة، دمشـق، ١٩٢٥م .

الدارقطني، علي بن عمر، (ت:٣٨٥هـ). **سنن الدار قطني**، ط١، تحقيق : السيد عبـد الله هاشم، دار المعرفة ببيروت ١٩٦٦.

دامادا أفندي، عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان شـيخي زاده، (ت١٠٧٨هـ). **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**، ط١،دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨.

أبو داود، سليمان أبـو داود السجسـتاني الأزدي، **سـنن أبـي داود** ،ط١،دار الفكـر، بيروت،١٩٥٢ .

الدردير، أبو البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي، (ت١٢٠١هـ). **الشـرح الكبيـر، ط١،** وبالهامش تقريرات العلامة المحقق محمد بن أحمد بن محمد الملقب بعلـيش، ت١٢٩٩هـ تحقيق: محمد عبد الله شاهين، دار الكتب العلمية، بيـروت – لبنـان، ١٩٩٦م.

الدريني، فتحي، **نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي**، ط٢، مؤسسة الرسـالة، بيروت، ١٩٧٧م .

الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، (ت١٢٣٠هـ)**. حاشية الدسـوقي علـى الشـرح الكبير** للشيخ أبي البركات سيدي أحمد بـن محمـد العـدوي الشـهير بالـدردير، ت١٢٠١هـ، وبالهامش تقريرات العلامة المحقق محمد بن أحمد بن محمد الملقـب بعليش، ت١٢٩٩هـ ، ط١، تحقيق: محمد عبد الله شـاهين، دار الكتـب العلميـة، بيروت – لبنان، ١٩٩٦م .

الدسوقي، محمد بن عرفة،(ت:١٢٣٠هـ). **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**، ط١،دار إحياء الكتب العلمية، دمشق،١٩٨٠.

ابن دقيق العيد، محمد بن علي بن وهب تقي الدين، (ت:٧٠٢هـ). **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، مطبعة السنة المحمدية.

ابن أبي الدم، القاضي شهاب الدين إبراهيم بن عبدالله،(ت٦٤٢هـ). **كتاب أدب القضاء (الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات)**، ط١، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، **١٩٨٧**.

الدوري، قحطان عبدالرحمن، **عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، ط١، دار الفرقان، عمان، ٢٠٠٢.

دويدار، طلعت محمد وكومان، محمد بن علي، (٢٠٠١). **التعليق على نصوص نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية**، منشأة المعارف، الإسكندرية.

ذياب، زياد صبحي، الدفوع الشكلية في الفقه الاسلامي والقانون، ١٩٩٤م .

ذياب، زياد صبحي، محاضرات في مادة: دراسة متخصصة في دفع الدعوى، لطلبة الدكتوراة القضاء الشرعي، للعام الدراسي ٢٠٠٣/٢٠٠٤ ، الجامعة الأردنية.

الرازي، محمد بن أبي بكر، (ت ٦٦٦هـ) . **مختار الصحاح**، دار القلم، بيروت، ج ١ ص ٦٢، باب حق .

راغب، وجدي، **الموجز في مبادئ القضاء المدني**، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٧.

راغب، وجدي، **مبادئ الخصومة المدنية** (دراسة تأصيلية لقواعد الخصومة في قانون المرافعات) ، ط١، دار الفكر العربي، ١٩٧٨.

الرحيباني، مصطفى السيوطي، (ت: ١٢٤٣هـ). **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى**، ط٢، المكتب الإسلامي.

أبو رخية، ماجد محمد، **القضاء بالنكول في الفقه الإسلامي**، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، كلية الشريعة والقانون، العدد الثامن ١٤١٥ – ١٩٩٤م .

ابن رشد، أبو الوليد محمد ين أحمد ين محمد، (ت: ٥٩٥ هـ). **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، تحقيق: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٩٩٧م .

ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، تحقيق : ماجد الحموي، دار ابن حزم ، بيروت لبنان، ط١، ١٤١٦هـ ١٩٩٥م .

الرصاع، أبو عبد الله محمد بن قاسم الأنصاري, (ت:٨٩٤هـ). الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)، المكتبة العلمية.

الرملي، شمس الدين محمد بن أحمد، (ت: ١٠٠٤هـ). **نهاية المحتاج إلى شرح ألفاظ المنهاج**، دار الفكر، بيروت .

الرملي، شهاب الدين أحمد بن حمزة ،(ت:٩٥٧هـ). **فتاوى الرملي**، المكتبة الإسلامية.

الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**، دار الفكر.

الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي، (ت: ٧٤٥هـ). **البحر المحيط**، دار الكتبي.

أبو زهرة، محمد، **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي**، دار الفكر العربي.

زيدان، عبدالكريم، **الوجيز في أصول الفقه**، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٨.

الزيلعي، عثمان بن علي، (ت:٧٤٢هـ). **تبيين الحقائق شرح كنز الـدقائق**، ط٢، دار المعرفة، بيروت، ١٣١٣.

السبكي، أبو الحسن تقي الدين علي بن عبد الكافي، (ت:٦٨٣). **فتاوى السبكي**، دار المعارف،

السرخْسِي ، شمس الأئمة أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل، (ت: ٤٨٣هـ). **المبسوط**، ط**١**، تحقيق: عبد الله الشافعي، قدم له: كمال العناني، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١م .

السمناني، أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي، (ت:٤٩٩هـ). **روضة القضـاة وطريـق النجاة**، ط٢، تحقيق : صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة بيروت، دار الفرقان ، عمـان، ١٤٠٤ – ١٩٨٤م .

السنهوري، عبدالرزاق، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنه بالفقه الغربي**، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت .

السيد سابق، **فقه السنة**، دار الفكر .

السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت:٩١١هـ). **الأشباه والنظائر**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ .

الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريـس، (ت:٢٠٤هـ ـ). **الأم**، ط١، تحقيـق علـى النسـخة الأزهرية: أحمد عبيدو عناية، دار إحياء التراث العربي، ٢٠٠٠م .

الشـافعي، محمـد بـن إدريـس (ت٢٠٤ هـ ـ)، **الأم** ، ط٢ ، دار المعرفـة ،بيروت،١٣٩٣هـ.

الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، **مغني المحتاج الى معرفة الفـاظ المنهـاج** على متن منهاج الطالبين، للنووي المتوفى: ٦٧٦هـ ، تحقيق: محمد خليـل عيتـاني، دار المعرفة – بيروت – لبنان، ط١ ١٩٩٧م.

الشربيني، **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج**، مع تعليقات للشيخ جـوبلي بـن ابـراهيم الشافعي، دار الفكر.

الشنقيطي، أحمد بن أحمد المختار الجكيني، **مواهب الجليل من أدلة خليل**، مراجعة: عبد الله إبراهيم الأنصاري، دار إحياء التراث الإسلامي، ١٩٨٧م .

الشنقيطي، محمد الشيباني بن محمد بن أحمد الموريتاني، **تبيين المسالك، شرح تدريب السـالك إلى أقرب المسالك**، لآل مبارك، عبد العزيز حمد آل مبارك الإحسائي **ط٢**، ، دار الغـرب الاسلامي، بيروت – لبنان، ١٩٩٥م .

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار**، ط١، تحقيق: د. كمال الجمل وآخرون، مكتبة الايمان المنصورة، ١٤٢٠ .

ابن أبي شيبة، عبد الله بن أبي شيبة الكوفي، (ت:٢٣٥هـ). **مصنف ابن أبـي شـيبه**، ط١، تحقيق: كمال يوسف الحوت ، مكتبة الرشيد، الرياض، ١٤٠٩هـ.

صاوي، أحمد السيد، **أثر الأحكام بالنسبة للغير**، ضمن: موسوعة القضاء والفقه للدول العربيـة، الدار العربية للموسوعات – حسن الفكهاني، ١٩٨٢م .

الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي، (ت: ١٢٤١هـ). بلغة السالك لأقرب المسـالك (حاشـية الصاوي على الشرح الصغير)،: دار المعارف ، مصر.

الصنعاني، أحمد بن قاسم العنسي، **التاج المذهب في أحكام المذهب**، ط١ ، مكتبة اليمن الكبرى، صنعاء .

الصنعاني،(ت: ١١٨٢هـ). **سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلـة الأحكـام**، تحقيـق: محمد عبد الرحمن الرعشلي، دارإحياء التراث العربي، بيروت، ، ط١: ١٩٩٧م .

الضراسي، عبدالباسط محمد عبد الواسع، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم دراسة تحليلية مقارنة**، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

الطرابلسي، علاء الدين أبو الحسن علي بن خليل، **معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام**، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٣٠٠هـ.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد بن عبد الرحيم، (ت:١٢٥٢هـ). **العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية** ، دار المعرفة.

ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، (ت:١٢٥٢). **رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار**، دار الكتب العلمية ، بيروت .

العاني، محمد شفيق ،**أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، ط٢،** مطبعة الرشاد، بغداد، ١٩٦٥م .

العبادي، أحمد عويدي، **الأدلة القضائية عند البدو** سلسلة من هم البدو(٥)، ط١، دار مجدلاوي، عمان، ١٩٨٣ .

العبادي، أبو بكر الحدادي، (ت:٨٠٠ هـ). **الجوهرة النيرة**، ط١، المطبعة الخيرية، الرياض.

عبد الباقي، عبدالفتاح، **نظرية القانون**، مطبعة نهضة مصر، ط:٥ ، ١٩٦٦.

ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عب الله بن محمد ابن عبد البر النمري القرطبي، (ت٤٦٣هـ). **الإستذكار**، ط١، تعليق: سالم عطا ومحمد معوض، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان، ١٤٢١ – ٢٠٠٠م.

عبدالفتاح، عزمي ، **قواعد التنفيذ الجبري**، المطبعة العربية الحديثة، مصر، ١٩٨٤.

ابن العربي، محمد بن عبد الله، (ت٥٤٣هـ). **أحكام القران** ، ط١، دار الكتب العلمية ، بيروت.

عليش، محمد بن أحمد،(ت:١٢٩٩هـ). **منح الجليل شرح مختصر خليـل** ، ط١، دار الفكـر، بيروت ، ١٩٨٧.

عودة، عبدالقادر، **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي**، ط١٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ٢٠٠٠.

الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، (ت:٥٠٥ هـ). **المستصفى في علم الأصـول**، دار الكتـب العلمية، بيروت.

فرج، وجدي، (٢٠٠٦)**. الحبس الاحتياطي** والإفراج الوجوبي والجوازي من الناحيتين العلميـة والعملية، ط٢، أإوليد حيدر للنشر والتوزيع .

ابن فرحون، برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم محمد بن فرحون اليعمري المالكي. **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكـام**، ط١، دار الكتـب العلميـة ، بيـروت – لبنـان، ، ١٣٠١هـ.

الفيروز أبادي، مجد الدين، **القاموس المحيط**، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسـالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة، ط٦، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي،(ت:٧٧٠هـ). **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير**، ط١، المكتبة العلمية بيروت .

أبو القاسم، نور الدين أبي طالب عبد الرحمن بن عمر البصري الضرير، (ت:٦٨٤ هـ). **الواضح في شرح مختصر الخرقي**، ط١، تحقيق: عبد الملك دهيش، ٢٠٠٠م.

ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، (ت:٦٢٠هـ). **المغنـي**، ط١، دار إحيـاء التـراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.

ابن قدامه، **المغني**، تحقيق: عبد الله التركي وعبد الفتـاح الحلـو، دار هجـر، القـاهرة، ط١: ١٩٨٩م.

قراعة، علي ، **الأصول القضائية في المرافعات الشرعية**، ط٢، ١٩٢٥، مطبعة النهضة، مصر.

القرافي، أحمد بن إدريس المالكي، (ت: ٦٨٤هـ). **الإحكام في تمييز الفتـاوى عـن الأحكـام وتصرفات القاضي والإمام**، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤م .

القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس، (ت:٦٨٤هـ). **أنوار البروق فـي أنـواع الفروق**، عالم الكتب .

القطاونه، أحمد وكناكرية، وليد، إدارة الدعوى المدنية، مطابع الدستور التجارية، ط١، ٢٠٠٣.

قلعجي، محمد رواس وقنيبي، حامد صادق، **معجم لغة الفقهاء** ، دار النفائس، ط١، ١٩٨٥م .

القنوجي، صديق حسن خان البخاري. **ظفر اللاظي بما يجب في القضاء على القاضـي**، ط١، تحقيق:أبو عبد الرحمن بن عيسى الباتني، دار ابن حزم، ٢٠٠١.

القليوبي، الشيخ شهاب الدين والشيخ عميرة. **حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلي علـى المنهاج**، دار إحياء الكتب العربية، بيروت .

ابن القيم، **الطرق الحكمية**، تعليق : بهيج غزاوي ، دار إحياء العلوم، بيروت.

ابن القيم، محمد بن أبى بكر الزرعي، (ت: ٧٥١هـ) **. إعلام الموقعين عن رب العالمين**، ط١, دار الكتب العلمية, بيروت.

ابن القيم، محمد بن أبى بكر الزرعي، (ت: ٧٥١هـ) **. الطرق الحكمية**, ط١,مكتبة دار البيان, بيروت.

الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط١، تحقيق : محمد حلبي، دار المعرفة ، بيروت – لبنان ، ١٤٢٠ – ٢٠٠٠م.

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد، (ت: ٥٨٧ هـ). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١: ١٩٩٧م.

ابن ماجه، محمد بن يزيد القزويني، (ت٢٧٥هـ). **سنن ابن ماجه**، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر ،بيروت.

المؤمن، حسني، **نظرية الاثبات القواعد العامة والاقرار واليمين مدنيا وجنائيا وشرعا وقانونا**، دار الكتاب العربي بمصر، ١٩٤٨م .

مالك، ابن أنس الأصبحي ، (ت١٧٩هـ). **الموطأ**، اعتنى به حسان عبد المنان، بيت الأفكار الدولية، لبنان، ٢٠٠٤م، كتاب الأخلاق، .

مالك، ابن أنس الأصبحي، **الموطأ**، تحقيق تقي الدين الندوي، دار العلم، دمشق، ١٩٩١.

مالك، ابن أنس الأصبحي، (ت:١٧٩ هـ). **المدونة** ، ط١ ،دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤

الماوردي، علي بن محمد بن حبيب، (ت:٤٥٠هـ). **الأحكام السلطانية**, ط٢, دار الكتب العلمية, بيروت, ١٩٦٦.

المتيت، أبو اليزيد علي، **الأصول العلمية والعملية لإجراءات التقاضي**، ط٢، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية.

المحقق الحلي، جعفر بن الحسن الهذلي، (ت:٦٧٦هـ). **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام**، مؤسسة مطبوعاتي إسماعيل، إيران، دون طبعة ولا تاريخ .

المرتضى، أحمد بن يحيى ابن المرتضى، (ت:٨٤٠هـ). **البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار**، ط١، دار الكتاب الإسلامي .

المرتضى، أحمد بن يحيى، **عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار**، ط١، تعليق : الصادق موسى، دار الكتاب اللبناني ، بيروت، ١٩٧٥م.

المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي السعدي الحنبلي، (ت:٨٨٥هـ). **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق : أبو عبد الله محمد حسن الشافعي، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان، ط١ ، ١٤١٨ – ١٩٩٧م .

المرداوي، علي بن سليمان، (ت:٨٨٥ هـ)**. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، تحقيق محمد الفقي، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت .

مرسي، فاروق عبد العليم ، **القضاء في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، ط١،** عالم المعرفة، ١٩٨٥م .

المرغناني، برهان الدين علي, **الهداية شرح بداية المبتدي**, ط٣, دار الكتب العلمية, القاهره , ٥٩٣هـ .

مرقس، سليمان، **من طرق الإثبات الإقرار واليمين وإجراءاتهما في تقنيات البلاد العربية** ، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٠.

مسلم، أحمد، **أصول المرافعات والتنظيم القضائي**، دار الفكر العربي، ١٩٧٨.

مسلم، أحمد، **قانون القضاء المدني المرافعات أو أصول المحاكمات المدنية**، دار النهضة العربية.

مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري،(ت:٢٦١). **صحيح مسلم ، ط١،** دار السـلام، الرياض، ١٩٩٨م.

مسلم، أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، (ت:٢٦١). **صحيح مسلم** ، تحقيـق : محمد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي ، لبنان – بيروت .

المصري، سليم علي، **التدخل واختصام الغير بين أدب القضـاء الإسـلامي وقـوانين أصـول المحاكمات،** مطابع الدستور التجارية .

مصطفى، إبراهيم وزملاؤه .**المعجم الوسيط،** المكتبة الإسلامية، تركيا.

ابن مفلح، أبو اسحاق برهان الدين ابراهيم، (ت: ٨٨٤هـ). **المبدع في شرح المقنع** ، ط١، المكتب الاسلامي.

ابن مفلح، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن مفلح المقدسي،(ت: ٧٦٣هـ). **الفـروع،** عـالم الكتب.

المكناسي، القاضي أبي عبد الله محمد بن عبد الله، (ت: ٩١٧هـ). **مجالس القضـاة والحكـام والتنبيه والإعلام فيما أفتاه المفتون وحكم به القضاة من الأوهام، ط١،** تحقيـق: د. نعـيم الكثيري ، ٢٠٢م.

ابن منظور، محمد بن مكرم ، **لسان العرب** ، دار بيروت.

المواق، محمد بن يوسف العبدري، (ت٨٩٧هـ)**. التاج والإكليـل لمختصـر خليـل** ، ط١،دار الكتب العلمية ،بيروت ١٩٨٦.

ابن مودود عبد الله محمود الموصلي الحنفي،**الاختيار لتعليل المختار،** تحقيـق : الشـيخ زهيـر الجعيد، ومعه المختار للفتوى، دار الارقم بن أبي الأرقم، بيروت – لبنان .

المومني،حمد سعيد، الحكم، خصائص الحكم، تحريره، الاحكام العامة في الطعن، ط١، جمعيـة عمال المطابع التعاونية، ١٩٩٠م.

ميارة، محمد بن احمد الفاسي، **الإتقان والإحكام في شرح تحفة الأحكام المعروف بـ (شرح مياره)**, ط١, دار المعرفة, بيروت.

ابن نجيم ، إبراهيم بن محمد، (ت:٧٩٠هـ). **البحر الرائق شـرح كنـز الـدقائق** ، ط ٣،دار المعرفة ، بيروت،١٩٩٣.

النسائي، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن.(ت:٢١٥هـ). **سنن النسائي الكبـرى** ، ط٢، تحقيق عبد الفتاح ابو غدة ،مكتبة المطبوعات الإسلامية ،حلب،١٩٨٦**.**

النسفي، عمر بن أحمد بن إسماعيل بن لقمان, نجم الدين أبو حفص، **طلبة الطلبة**، ط١، دار الكتاب الإسلامي، ١٤١٦هـ.

النصراوي، سامي ، **دراسة في اصول المحاكمات الجزائية،** مطبعة دار السلام، بغداد، ١٩٧٦، ص٢١٧ ، سلامة، مامون محمد، **الاجراءات الجنائية في التشريع الليبي**، ط٢، ١٩٧٤م .

نظام، وجماعة من علماء الهند، **الفتاوى الهندية**، دار الفكر.

أبو النور، محمود محجوب. **نظرية الدفوع للدعوى القضائية فـي الفقـه الاسـلامي**، الـدار السودانية للكتب، الخرطوم، ١٩٩٩م .

النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، (ت:٦٧٦هـ) . **روضة الطالبين**، ومعـه المنهاج السوي في ترجمة الإمام النووي، ومنتقى الينبوع فيمـا زاد علـى الروضـة مـن الفروع، للحافظ جلال الدين السيوطي، تحقيق: عادل عبد الموجود، وعلـي معـوض، دار الكتب العلمية ، بيروت – لبنان.

النووي، **منهاج الطالبين**، مع كتاب **مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهـاج**، للشـربيني، تحقيق: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط١: ١٩٩٧م.

النيداني، الأنصاري حسن، **مبدأ وحدة الخصومة ونطاقة في قانون المرافعات** دراسـة علميـة وعملية لظاهرة تعدد أطراف الخصومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ١٩٩٨.

ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد الإسكندري السيواسي، (ت:٨٦١هـ). **فتح القـدير (شرح الهداية)**، دار الفكر.

الهيتمي، أحمد بن محمد بن حجر، (ت:٩٧٤ هـ). **تحفة المحتاج في شرح المنهاج**، ط١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ٢٠٠٤.

والي، فتحي، **قانون القضاء المدني اللبناني(أصول المحاكمات المدنية)دراسـة مقارنـة**، دار النهضة العربية، بيروت، ط١ ١٩٧٠م.

والي، فتحي، **قانون القضاء المدني**، ط١ ،دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٣م.

والي، فتحي، دروس في النظرية العامة للعمل الإجرائي لطلبة دبلوم القانون الخـاص، جامعـة الأزهر، ١٩٧٣-١٩٧٤.

وزارة الأوقاف الكويتية،**الموسوعة الفقهية**، الكويت.

وزارة العدل، المملكة الأردنية الهاشمية، نشرة إرشادية حول الوساطة لتسوية النزاعات المدنية.

أبو الوفا، أحمد، **(١٩٦٧). المرافعات المدنية والتجارية، ط٩،** دار المعارف.

أبو الوفا، أحمد، (١٩٧٤). **عقد التحكيم وإجراءاته**، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية.

ياسين، محمد نعيم، **حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية**، ط١، دار الفرقان، عمان، ١٩٨٤ .

ياسين، محمد نعيم، **نظرية الدعوى بين الشريعة وقانون المرافعات المدنيـة والتجاريـة**، دار النفائس، عمان، ط٢: ٢٠٠٠م .

يوسف، سحر عبدالستار إمام، **دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة**، ٢٠٠٢م .

THE THEORY OF LITIGATION IN ISLAMIC JURISPRUDENCE AND MAN-MADE LAW (A COMPARATIVE STUDY)

By

Mohammad Hashim Abdul Rahman Younis

Supervisor

Dr. Diab Abdul Karim Aqel ;Prof

Abustract

This study aims to formulate a complete theory of the antagonism in the Islamic Shariah law and the law, to lay the foundations and rules for this theory, and the inclusion of branches established within the controls, leading to the coherence and complete harmony among the elements and the elements of this theory. What is happening is it to imagine a full and accurate understanding of the subject of his staff expanded and diversified and diversified its branches, and finding these principles and rules and disciplines that fall under the various branches of getting scientific and practical interest.

Since the litigation is a means of conflict resolution , and was boot to the subject of parallel litigation methods in conflict resolution, reconciliation and a nail. And dressed with the first chapter of this thesis dye theory, where he discussed the theoretical aspects of antagonism, and was the study of rivalry as one view of it from outside, was discussed elements of this theory of the pillars of the causes and conditions and the parties and the objectives and nature, and vary the types of head, and falls below of sub-types.

And dressed with Chapter two dye process, and discussed practical aspects of the dispute, has been sounding the hostility and study it from within content of the action, was compiled these procedures within the pool stages of each stage, various procedures, including linking the common factors.